

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**A UTILIZAÇÃO DE MEDIDAS ESTRUTURANTES PELO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL – UM ESTUDO DE CASO**

POLLIANA CORRÊA MORAIS

Florianópolis, julho de 2017

POLLIANA CORRÊA MORAIS

**A UTILIZAÇÃO DE MEDIDAS ESTRUTURANTES PELO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL – UM ESTUDO DE CASO**

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de
Graduação em Direito da Universidade Federal de
Santa Catarina, como requisito à obtenção de grau
de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Moraes da Rosa

FLORIANÓPOLIS 2017

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

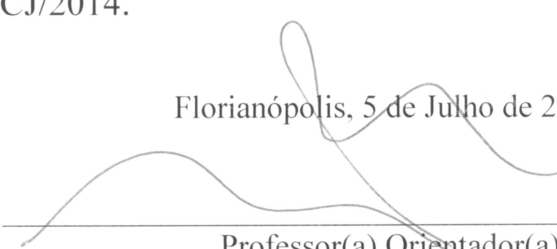
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

COORDENADORIA DE MONOGRAFIA


TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado **"" A UTILIZAÇÃO DE MEDIDAS ESTRUTURANTES PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – UM ESTUDO DE CASO""**, elaborado pelo(a) acadêmico(a) **POLLIANA CORRÊA MORAIS**, defendido em e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (87), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

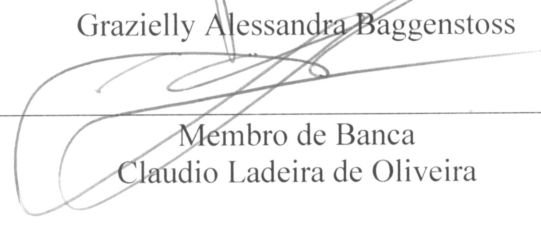
Florianópolis, 5 de Julho de 2017



Professor(a) Orientador(a)
Alexandre Morais da Rosa



Membro de Banca
Grazielly Alessandra Baggenstoss



Membro de Banca
Claudio Ladeira de Oliveira

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COORDENADORIA DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE

Polliana Corrêa Moraes

RG: 5776612

CPF: 075.209.956-66

Matrícula: 13100136

Título do TCC: A utilização de medidas estruturantes pelo Supremo Tribunal Federal
– um estudo de caso

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Moraes da Rosa

Eu, **Polliana Corrêa Moraes**, acima qualificada, venho através deste termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Polliana Corrêa Moraes

Florianópolis, 05 de julho de 2017

Agradeço:

aos meus pais e ao meu irmão por todo o amor e por sempre terem acreditado na minha capacidade.

aos anjos que a vida me deu, meus amigos, por todo o carinho e apoio ao longo dos últimos anos. Vocês são essenciais para mim. Tudo que tenho feito e conquistado vem da força que vocês me passam.

ao Professor Dr. Alexandre Moraes da Rosa pelo tema que me propôs e pela orientação na realização desse projeto.

aos membros da banca, Professora Dra. Grazielly Alessandra Baggentoss e Professor Dr. Claudio Ladeira de Oliveira, por terem aceitado o convite.

Muito obrigada!

"Agradeço a todas as dificuldades que enfrentei; não fosse por elas eu não teria saído do lugar..." Chico Xavier

RESUMO

Este trabalho objetiva estudar o instituto norte-americano das medidas estruturantes e a sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. A utilização de medidas estruturantes pelo Supremo Tribunal Federal deve envolver valores amplos da sociedade, como os preceitos fundamentais, de modo a romper o paradigma cultural da sociedade brasileira. Neste estudo, há uma análise histórica do Direito Constitucional norte-americano no qual é demonstrado o relevante papel tanto da Constituição quanto da Suprema Corte que servem de modelo para diversos países. Serão analisados os casos *Marbury v. Madison*, *Dred Scott v. Sandford*, *Plessy v. Ferguson* e *Brown v. Board of Education of Topeka*. No julgamento de *Roe v. Wade*, através de uma leitura substantiva do texto constitucional, aliado às medidas estruturantes, o direito à privacidade das gestantes foi garantido. No caso brasileiro, ainda que não tenha havido a descriminalização do aborto, o voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso, além de demonstrar a urgência para a adoção de medidas públicas, reabriu a discussão sobre o tema.

Palavras-chave: Medidas estruturantes, *Roe v. Wade*, HC 124.306/RJ/STF

ABSTRACT

This work aims to study the US institute of structural reform and its application by the Brazilian Supreme Court. The use of structural reform by Brazilian Supreme Court should involve broad values of society, such as fundamental precepts, in order to break the cultural paradigm of Brazilian society. In this study, there is a historical analysis of the North American Constitutional Law in which is demonstrated the relevant participation of the Constitution and the Supreme Court, that serve as model for several countries. Will be analyzed cases like *Marbury v. Madison*, *Dred Scott v. Sandford*, *Plessy v. Ferguson* and *Brown v. Board of Education of Topeka*. In *Roe v. Wade*, through a substantive reading of the constitutional text, coupled with structuring reform, the right to privacy of pregnant women was guaranteed. In the Brazilian case, although the decriminalization of abortion did not take place, the vote of Minister Luís Roberto Barroso, demonstrated the urgency for adoption of public measures and reopened the discussion on the subject.

Keywords: structural reform, *Roe v. Wade*, HC 124.306/RJ/STF

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. AS MEDIDAS ESTRUTURANTES	11
1.1 Aspectos gerais sobre a Suprema Corte Americana.....	11
1.2 Surgimento do <i>Judicial Review</i>	13
1.3 <i>Caso Dred Scott v. Sandford</i>	17
1.4 <i>Caso Plessy v. Ferguson</i>	20
1.5 <i>Caso Brown v. Board of Education of Topeka</i>	22
1.6 Diferenças entre <i>Common Law</i> e <i>Civil Law</i>	25
1.7 A utilização de medidas estruturantes pelo Supremo Tribunal Federal	31
2. O CASO ROE V. WADE	38
2.1 O contexto	38
2.2 Análise do voto	45
3. O CASO BRASILEIRO – HABEAS CORPUS 124.306/RJ/STF.....	55
3.1 Análise do voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso	55
CONCLUSÃO	67
REFERÊNCIAS.....	69

INTRODUÇÃO

Atualmente, cada vez mais, as pessoas têm levado ao Poder Judiciário questões complexas para serem decididas. O que na realidade esses cidadãos buscam são decisões eficazes que tragam repercussão em suas vidas.

Com o Estado Constitucional de Direito, coube ao Poder Judiciário um maior poder de intervenção nas esferas dos outros Poderes, principalmente quando esses não obtiveram sucesso em realizar as promessas contidas na Constituição Federal.

No Brasil, cabe ao Supremo Tribunal Federal a tarefa de guardião da Constituição Federal de modo a efetivar os valores nela contidos. Porém, nem sempre as decisões emanadas pelo Suprema Corte Brasileira alcançam a efetividade esperada. É nesse contexto que surgem as medidas estruturantes, como meio para proporcionar a efetividade às decisões proferidas.

O presente Trabalho de Conclusão de Curso tem por objetivo estudar o instituto norte-americano das medidas estruturantes e sua utilização pelo Supremo Tribunal Federal.

A título de comparação, foi escolhido o caso *Roe v. Wade*, julgado pela Suprema Corte norte-americana e o Habeas Corpus 124.306 – Rio de Janeiro do Supremo Tribunal Federal.

Diante disso, esse trabalho focará em decisões paradigmáticas advindas da Suprema Corte Americana, as quais possibilitaram a introdução do instituto das medidas estruturantes – medidas essas que visam efetivar de maneira concreta as decisões judiciais.

No primeiro capítulo, serão estudados aspectos gerais sobre a Suprema Corte Americana, o surgimento do *judicial review*. Também serão abordados os casos paradigmáticos enfrentados pela Corte nos últimos dois séculos: *Dred Scott v. Sandford*, *Plessy v. Ferguson*, *Brown v. Board of Education of Topeka*. Serão apresentadas as diferenças entre o sistema *common law* e o *civil law*. Após, será discutida a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal adotar as medidas estruturantes em seus julgamentos.

No segundo capítulo, será analisado todo o contexto histórico envolvido no caso enfrentado pela Corte de maior repercussão: *Roe v. Wade*. O voto do

Justice Blackmun é pormenorizado e são apresentados os argumentos fundados nas medidas estruturantes.

Por fim, o terceiro capítulo fará uma análise do voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso no Habeas Corpus 124.306 – Rio de Janeiro. Durante a análise serão apresentados os argumentos que aproximam a decisão do Ministro brasileiro ao que foi decidido em *Roe v. Wade*. Ao final, serão demonstradas as medidas estruturantes propostas pelo Ministro Luís Roberto Barroso.

O método de abordagem utilizado é o dedutivo. O procedimento instrumental utilizado será de revisão bibliográfica e a utilização de julgados advindos da Suprema Corte norte-americana e do Supremo Tribunal Federal.

Para análise da utilização das medidas estruturantes pelo Supremo Tribunal Federal, a teoria de base utilizada foi a obra de Marco Félix Jobim – Medidas Estruturantes da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal.

1. AS MEDIDAS ESTRUTURANTES

Para compreender a origem das medidas estruturantes, é necessário, inicialmente, apresentar todo o contexto histórico e social que, nos últimos dois séculos, a Suprema Corte dos Estados Unidos esteve envolvida.

1.1 Aspectos gerais sobre a Suprema Corte Americana

Durante o período colonial, as treze colônias norte-americanas receberam influências tanto da metrópole (desde o julgamento do *Calvin's case* foi estabelecido que as colônias britânicas teriam o direito regulado pela *common law*) quanto de países como a França e a Holanda. Toda essa influência proporcionou que houvesse tanto diversidade sociocultural quanto permitiu a diversificação do modelo legal, uma vez que boa parte dos colonos questionavam o modelo introduzido pela metrópole¹.

De acordo com Sèroussi², a história do direito americano está diretamente relacionada com a história do próprio país. Nesses últimos dois séculos, essa nação conseguiu “integrar os princípios gerais da *common law*, separá-los quando se julgava útil por intermédio da codificação e de legislações de Estados e, sobretudo, preservar a unidade nacional graças à Constituição federal”.

Portanto, muitos estudiosos afirmam a existência de um sistema de *common law sui generis* nessa nação. Assim,

(...) como a população dos Estados Unidos da América é formada por diferentes povos e culturas sob o mesmo solo, assim também ocorre uma espécie de heterogeneidade no sistema legal norte-americano. Como ex-colônia da Inglaterra, os Estados Unidos herdaram o sistema legal da *Common Law*, com fortes raízes no Direito dos Casos e Precedentes e no Direito dos Estatutos. Mas, não se pode negar as influências que o Direito Americano recebeu dos Direitos Espanhol-Mexicano, Italiano, Francês e Holandês. Por vezes, o Direito Americano é considerado um direito da família da *Common Law* misto. Isso se dá, principalmente, porque o Estado da Louisiana faz parte da família Romano-Germânica³.

¹ SÈROUSSI, Roland. **Introdução ao direito inglês e norte-americano**. São Paulo: Landy, 2001, p. 83.

² Ibidem, p. 83.

³ VIEIRA, Andréia Costa. **Civil law e common law: os dois grandes sistemas legais comparados**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007, p. 147.

Barroso ressalta que a tradição do *common law* propiciou no solo americano

(...) um amplo poder de criação e adaptação do Direito e que, por isso mesmo, a Constituição tem hoje um sentido e um alcance que se distanciam de sua concepção original. Em diversas matérias é possível afirmar que o direito constitucional mudou substancialmente, sem que para isso se operasse uma alteração no texto originário. Mas não se deve minimizar a circunstância de que a Constituição teve a plasticidade necessária para se adaptar a novas realidades.⁴

O peculiar desenvolvimento constitucional norte-americano manifesta-se no fato de a Constituição ter sido a primeira escrita no sentido moderno do termo⁵.

Stamato⁶ traz em seu texto alguns aspectos relativos à formação da Constituição americana que originalmente a caracterizaram:

o texto da Constituição norte-americana é reflexo não só das concepções políticas e filosóficas vigentes em seu tempo, mas também é síntese do processo dialético entre Federalistas e Antifederalistas. Assim, originalmente, a Constituição não trazia um rol de direitos individuais, mas apenas cuidava expressamente de poucos direitos e garantias ligados diretamente com a atribuição, distribuição, separação e controle do Poder estatal entre os três ramos com funções específicas. É que a maior preocupação dos Federalistas, conforme já salientado anteriormente, era a organização de uma estrutura de governo justa. A partir daí a garantia da liberdade individual se daria por meio de um esquema de separação de poderes em que um ramo controlaria o outro (*checks and balances*). Ademais, o governo central, o mais forte, seria limitado por meio de poderes enumerados (*enumerated powers*).

A Constituição norte-americana para Barroso⁷ é um dos três principais institutos⁸ norte-americanos. Ela representa, nos mais de duzentos anos desde a entrada em vigor, o caráter tanto precursor quanto durador.

A primeira característica da Constituição norte-americana refere-se ao fato de haver a nítida separação entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 19.

⁵ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 45-46.

⁶ STAMATO, Bianca. **Constitucionalismo popular – O povo contra a Suprema Corte? Uma abordagem crítica sobre o libelo acusatório ao *judicial review* norte-americano**. In: Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea (coordenador: Daniel Sarmento). Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 55-77, 2009, p.66.

⁷ BARROSO, op, cit., p. 20.

⁸ Os demais institutos são o Presidente e a Suprema Corte.

Já a segunda característica reside no fato de seus sete artigos originais terem sofrido apenas vinte e sete emendas nesse período.

Ainda, para o autor, a história do Direito Constitucional americano é narrada pelas decisões da Suprema Corte. Ela é o órgão supremo do Poder Judiciário americano e é composta por nove membros (*Justices*) cujo presidente é conhecido como *Chief Justice*.

A trajetória da Corte pode ser dividida por momentos em que ficam nítidos os avanços e os recuos das decisões e isso só foi possível porque a Constituição é abalizada por cláusulas gerais e abertas⁹.

Para Moreira¹⁰ a Suprema Corte norte-americana é o órgão judicial mais poderoso do mundo. Por esse motivo, os *Justices* escolhidos, na maioria dos casos, são pessoas ex-ocupantes de outros cargos públicos, personalidades do mundo político. É raro a escolha de alguém que se destaque exclusivamente no meio acadêmico. As decisões da Corte são tomadas pelo voto de todos os integrantes e cabe, exclusivamente a cada um deles, a decisão de dar-se por impedido de julgar ou não cada caso. Nesse sentido, não há como as partes ou os demais *Justices* requerem que algum membro se abstenha. Outra peculiaridade da Corte é o fato de diferentemente do que ocorre no Brasil, não haver a divisão em colegiados menores (Turmas).

1.2 Surgimento do *Judicial Review*

Com o passar dos anos, o progresso da sociedade americana foi acompanhado pelo desenvolvimento da Corte Suprema. O vanguardismo dessa Corte propiciou a criação e a consolidação de institutos jurídicos que se espalharam para diversos países. A história da Suprema Corte pode ser dividida por períodos, o primeiro entre os anos de 1790 e 1865 marcado pela sua criação e pouca atividade jurídica, por exemplo, do ano de 1790 a 1799 apenas 50 casos foram julgados. O segundo, foi marcado pelo *judicial review*, com o célebre julgamento de *Marbury v. Madison*. No terceiro, houve o julgamento do caso *Dred Scott v. Sandford* no qual a

⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 22.

¹⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A suprema corte norte-americana**: um modelo para o mundo? Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, jul./set. 2003, p. 201-203.

Corte adotou uma posição favorável à escravidão. No quarto período, houve a ampliação dos direitos civis e políticos dos cidadãos negros com o paradigmático caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, e, por último, o controvertido caso *Roe v. Wade* no qual a Corte permitiu a realização de aborto¹¹.

Nesse contexto, destaca-se que o final do século XX foi caracterizado pela ascensão dos regimes democráticos em todo o mundo e, aliado a isso, houve também o fortalecimento da jurisdição constitucional. Esse fortalecimento em escala global foi precedido quase que exclusivamente pelas decisões emanadas pela Suprema Corte estadunidense, principalmente após o julgamento do caso *Marbury v. Madison*, de 1803. Nesse passo:

(...) o modelo de constitucionalismo praticado no mundo contemporâneo, tanto nas democracias tradicionais como nas novas democracias, segue, nas suas linhas gerais – ainda que não no detalhe –, o padrão que foi estabelecido nos Estados Unidos ao longo dos últimos duzentos anos: (i) supremacia da Constituição, (ii) controle de constitucionalidade, (iii) supremacia judicial e (iv) ativa proteção dos direitos fundamentais. As três primeiras características remontam a mais notória decisão proferida pela Suprema Corte americana: *Marbury v. Madison*, julgado em 1803. Este foi o marco inicial do reconhecimento da Constituição como documento jurídico, e do Judiciário como o poder competente para lhe dar cumprimento. O quarto aspecto usualmente que assentou a prevalência dos valores permanentes da Constituição sobre a vontade circunstancial das maiorias legislativas¹²

A história relacionada com o caso *Marbury v. Madison* é que, nas eleições do ano de 1800, o então Presidente John Adams e seus aliados federalistas haviam sido derrotados pelos republicanos, representados por Thomas Jefferson. Com o receio da perda de poder por parte dos federalistas, John Adams e o Congresso – os federalistas detinham a maioria dos membros – articularam-se para manter o domínio através do Poder Judiciário. Eles aprovaram, no dia 13 de fevereiro de 1801, o *the Circuit Court Act* que culminou com: i) a redução do número de *Justices* da Suprema Corte fato esse que impedia a nomeação de novos membros pelo

¹¹ JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes:** da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 44-45.

¹² BARROSO, Luís Roberto. **A americanização do direito constitucional e seus paradoxos:** teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. Porto Alegre: Interesse Público, v.12, n.59, p. 13-55, jan./fev. 2010, p. 20.

presidente eleito e ii) foram criados dezesseis novos cargos de juiz federal os quais foram ocupados por federalistas apoiados por John Adams¹³.

No dia 27 de fevereiro de 1801, mais uma nova lei foi aprovada, a *The Organic Act of the District of Columbia*. Essa nova lei permitia que o Presidente pudesse nomear quarenta e dois juízes de paz e esses foram confirmados pelo Senado no dia 3 de março – véspera da posse de Thomas Jefferson. No último dia do seu governo, John Adams assinou todos os atos de investidura dos quarenta e dois juízes de paz e coube a John Marshall, então Secretário de Estado, entregá-los aos recém nomeados. Como o prazo para a entrega dos atos de investidura era exíguo (havia apenas um dia), alguns dos novos juízes não os receberam. Um aspecto relevante consiste no fato que John Marshall havia sido indicado para ocupar o cargo de Presidente da Suprema Corte (*Chief Justice*), mas ele quis permanecer no cargo de Secretário de Estado até o último dia do mandato de John Adams¹⁴.

No dia seguinte, Thomas Jefferson tomou posse e o novo Secretário de Estado, James Madison, cumpriu a ordem dada pelo novo Presidente de não dar continuidade na entrega dos atos de investidura aos juízes restantes. William Marbury estava entre os juízes de paz nomeados, mas não empossados. Por esse motivo Marbury propôs um *writ of mandamus* para que fosse reconhecido seu direito de ser nomeado juiz de paz¹⁵.

Ocorre que, devido à sucessão eleitoral, o Congresso passou a ser constituído por maioria republicana. Com esse cenário favorável, foi possível a revogação do *the Circuit Court Act* de 1801. Em decorrência disso, todos os cargos criados foram extintos e seus ocupantes destituídos. O Congresso, com a intenção de evitar que fossem realizados questionamentos na Suprema Corte sobre aquele ato, impediu que a Corte se reunisse de dezembro de 1801 a fevereiro de 1803. Por essa razão, a sessão da Corte de 1802, na qual seria julgado o *writ of mandamus* de Marbury, também não sucedeu¹⁶.

¹³ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 25.

¹⁴ Ibidem, p. 26.

¹⁵ Ibidem, p. 26.

¹⁶ Ibidem, p. 27.

De acordo com Jobim¹⁷, havia um dilema envolvendo a Suprema Corte baseado no fato de que se Marshall

julgasse o mérito do caso *Marbury v. Madison* em favor de William Marbury, o Chefe do Executivo Thomas Jefferson cumpriria aquilo que foi decidido ou, não o fazendo, transformaria a decisão e a própria Corte em motivo de piada, enfraquecendo suas bases pouco tempo depois de sua criação? [...] A decisão do caso jamais seria aceita com passividade pelo governante da época, assim como pelos republicanos que estavam no Congresso, motivo pelo qual preferiu a Suprema Corte, ao julgar o caso, afastar-se do mérito para dar privilégios a formalidades.

A lei ordinária que fixou como competente a Suprema Corte para julgar o *writ* proposto por Marbury expandia a competência originária da Corte estabelecida pela Constituição. Essa foi a conjuntura que permitiu a Marshall elaborar a tese fundamental para o constitucionalismo¹⁸.

Então, John Marshall declarou a inconstitucionalidade do artigo 13 da Lei de 1789, com a qual Marbury fundamentava sua ação. Isso porque a legislação infraconstitucional não poderia redefinir as competências da Suprema Corte previstas pela Constituição. Além disso, o *Chief Justice* afirmou que a Corte era incompetente para julgar o caso em concreto, cabendo às partes interessadas buscar o direito pretendido perante uma das Cortes de Distrito. Somente em grau de recurso é que caberia à Suprema Corte apreciar tal questão. Logo, fica evidenciado o mérito de controle difuso de constitucionalidade, no qual “todos os órgãos judiciários, inferiores ou superiores, federais ou estaduais, têm o poder e o dever de não aplicar as leis inconstitucionais nos casos concretos submetidos a seu julgamento”¹⁹.

Para Barroso²⁰, a decisão do caso *Marbury v. Madison* foi o marco inaugural do controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno. O principal legado foi o princípio da supremacia da Constituição do qual se extrai que todos os Poderes estatais a ela se subordinam e cabe ao Judiciário o seu intérprete final, podendo invalidar os atos que lhe contravenham.

¹⁷ JOBIM, Marco Félix. **O que *Marbury v. Madison* tem a ver com controle de constitucionalidade de leis na República Federativa do Brasil**. Porto Alegre: Revista Jurídica, v.62, n.441, p. 37-53, jul./2014, p. 50.

¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015, p 52.

¹⁹ CASTRO, João Bosco Marcial. **O controle de constitucionalidade das leis e a intervenção do Senado Federal**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008, p.24.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 32.

Mendes²¹ alerta para o fato de que, muito embora o *judicial review* seja um dos elementos característicos do constitucionalismo moderno, ele não chegou a ser expresso no texto da Constituição norte-americana. Conclui o autor que a doutrina do controle de constitucionalidade judicial contempla três premissas básicas:

- a) a Constituição é concebida para ser a lei principal do país;
- b) cabe ao Judiciário a função de interpretar e aplicar a Constituição nos casos trazidos à sua apreciação, podendo recusar valia ao ato que infringe a Constituição;
- c) a interpretação judicial é final e prepondera sobre a avaliação dos demais Poderes.

Após cinco décadas do julgamento de *Marbury v. Madison*, a Suprema Corte novamente teve que julgar uma lei incompatível com a Constituição no caso *Dred Scott v. Sandford*²².

1.3 Caso *Dred Scott v. Sandford*

Durante o século XIX, tanto no Brasil como nos Estados Unidos, a escravidão era uma das questões sociais mais relevantes. Segundo Moro²³, a escravidão

embora incompatível com os ideais proclamados na Declaração de Independência norte-americana, não foi ela proibida pela posteriormente promulgada Constituição Federal. Ao contrário, continha ela norma explícita que impedia o Congresso de proibir a importação de escravos antes do ano de 1808. Por volta de 1850, a principal questão sobre escravidão dizia respeito à competência do Congresso Nacional para proibi-la ou não nos novos territórios anexados aos Estados Unidos, uma nação em processo de expansão. Segundo a lei denominada *Missouri Compromise*, de 1820, foi proibida a escravidão em novos territórios existentes acima de determinada latitude nos Estados Unidos.

Por volta do ano de 1834, Dr. John Emerson, cirurgião do exército americano, comprou o escravo Sam cujo nome de batismo passou a ser Dred Scott. Em virtude do cargo ocupado por seu proprietário, Dred Scott foi obrigado a residir

²¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015, p 49 e 52.

²² Ibidem, p 53.

²³ MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 25-26.

em localidades onde a escravidão já havia sido extinta como em Rock Island, Estado do Illinois (1834) ou proibida, como Fort Snelling no Território de Wisconsin (1836)²⁴.

Então, no ano de 1846 Dr. Emerson faleceu e, por essa razão, Scott tornou-se propriedade da Sra. Emerson. Após alguns anos, ela ofereceu Scott de presente para seu irmão John Sandford²⁵.

Scott ingressou com ação alegando ter adquirido o direito à liberdade. O fundamento de seu pedido foi no *Missouri Compromise Act* e na doutrina do *once free, always free*. Scott obteve um sucesso inicial, mas a Suprema Corte do Missouri reverteu essa decisão. Para a Corte, os escravos não eram considerados cidadãos americanos. Diante disso, Dred Scott, inconformado com aquela decisão, utilizou-se do *writ of error* para levar a questão à Suprema Corte Americana²⁶.

Nesse período, a Suprema Corte era presidida por Roger Brooke Taney e coube a ele proferir o voto vencedor o qual continha os seguintes aspectos:

- a) os negros, mesmo livres ou libertos, não eram e não podiam tornar-se cidadãos dos Estados Unidos, segundo a Constituição;
- b) Dred Scott não tinha se tornado um homem livre apenas por ter residido em território no qual a escravidão havia sido proibida pelo *Missouri Compromise*, uma vez que o congresso não tinha competência para dispor dessa forma sobre a matéria;
- c) Dred Scott não era um homem livre, pois o seu status era regulado pela lei do estado no qual se encontrava, o Missouri, no qual era permitida a escravidão.²⁷

A corte, portanto, acolheu as alegações da defesa no sentido que Sandford não poderia ser privado de sua propriedade²⁸ – Dred Scott – sem o devido processo legal. Essa foi a primeira vez em que a cláusula do *due process of law*²⁹ foi utilizada para restringir liberdades fundamentais ou impor restrição ao direito da propriedade.

²⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **A evolução do ativismo judicial na Suprema Corte Norte-Americana**. Rio de Janeiro: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, n.60, p. 59-117, abr./jun. 2016, p. 72.

²⁵ Caso disponível em: <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/60/393.html>

²⁶ BELLO FILHO, Ney de Barros; FONTOURA, Luiz Fernando Pedrosa. **A Suprema Corte dos Estados Unidos: da segregação à desegregação racial**. In: Ney de Barros Bello Filho. (Org.). *Jurisdição e interpretação*. Brasília: IDP, 2015, v. 1, p. 35.

²⁷ MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 26-27.

²⁸ FREITAS, Juarez; WEDY, Gabriel. **O legado dos votos vencidos nas decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos da América**. Porto Alegre: Interesse Público, v. 16, nº 87, p. 15-46, set./out. 2014, p. 23.

²⁹ CAMPOS, op. cit., p. 73.

Toda a conjuntura envolvida no julgamento da ação de Dred Scott, infelizmente, culminou não só com o não reconhecimento de sua liberdade, mas também na impossibilidade de ele adquirir sua cidadania. Na composição da Corte oito de seus membros foram favoráveis à continuidade do regime de escravidão de Dred Scott e sua família, apenas um votou favoravelmente³⁰.

O voto dissidente do *Justice* Curtis mostrou irresignação ao que foi decidido e trouxe evidências históricas capazes de demonstrar que em cinco das treze Colônias já reconheciam os negros como cidadãos à época da promulgação da Constituição. Defendeu, ainda, que o conceito de cidadania iria além do simples direito ao voto, já que este não é pressuposto necessário para definir o conceito de cidadão. Além desses aspectos, Curtis defendeu que caberia ao Judiciário Federal a tarefa de reforçar e reconhecer os direitos civis³¹.

Um aspecto relevante apontado por Moro³² consiste no fato de que ao se indeferir aos escravos negros a cidadania, a decisão também conduziria a impossibilidade de eles serem a parte autora em processos judiciais. Assevera o autor ao afirmar que “o grande erro da Corte, além do condenável conteúdo, foi superestimar seu prestígio, pretendendo resolver a controvérsia política que dividia a nação e só veio a ser solucionada pela guerra civil”.

Essa decisão é tida, até hoje, como um momento negativo na história da Suprema Corte. Abraham Lincoln em seu discurso da Casa Dividida de 1858, durante a campanha presidencial, censurou veementemente a postura adotada. Somente após a Guerra de Secessão o Congresso aprovou a 13ª Emenda que em 1865 aboliu a escravidão e em 1868 a 14ª Emenda que garantiu a cidadania aos antigos escravos³³.

³⁰ JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 70.

³¹ FREITAS, Juarez; WEDY, Gabriel. **O legado dos votos vencidos nas decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos da América**. Porto Alegre: Interesse Público, v. 16, nº 87, p. 15-46, set./out. 2014, p. 24.

³² MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 27.

³³ FREITAS, Juarez; WEDY, Gabriel., op. cit., p. 25.

1.4 Caso *Plessy v. Ferguson*

Mesmo após o advento da 13^a e 14^a Emendas, os negros seguiram tendo seus direitos à cidadania denegados. O problema reside no fato de que isso ocorria devido à legislação segregacionista existente em vários Estados. Então, no dia 7 de junho de 1892, ocorreu mais um caso que viria a ser julgado pela Suprema Corte Americana envolvendo questões raciais. Tal caso ficou conhecido como *Plessy v. Ferguson*.

Naquele dia, o então jovem de 20 anos, Homer Plessy, decidiu por vontade própria, ingressar e tentar viajar num dos vagões do trem destinado às pessoas brancas. O propósito dele era distinto em relação ao das mais de 20.000 pessoas que viajavam naquele trem todos os anos. Ele objetivava testar a constitucionalidade da lei da Louisiana, *Louisiana's Separate Car Act*, a qual separava os vagões para os brancos e os negros. Tal lei determinava que as companhias ferroviárias deveriam providenciar acomodações iguais, mas separadas, para pessoas brancas e negras³⁴.

No momento em que Homer Plessy ingressou naquele vagão reservado somente a brancos, ele estava disposto a enfrentar as sanções determinadas por tal conduta ilícita na época. Para se ter uma ideia, a pessoa poderia ser obrigada a pagar U\$25 ou permanecer 20 dias presa. Um fato permitido pela lei era que as babás negras de crianças brancas também poderiam usufruir das acomodações dos vagões destinadas aos brancos³⁵.

Quando Plessy foi descoberto no vagão que seria inadequado para sua cor o motorista ordenou que ele se dirigisse para o vagão de negros. Pelo fato de ter recusado o cumprimento da ordem dada, ele acabou sendo conduzido para a cadeia por ter violado a *Louisiana's Separate Car Act*. Cabe ressaltar que Plessy, para os padrões racistas da época, era considerado $\frac{7}{8}$ branco caucasiano e apenas $\frac{1}{8}$ negro. Ele poderia ter adentrado e permanecido no vagão para brancos passando

³⁴ JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes:** da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 72-73.

³⁵ Ibidem, p. 72-73.

despercebido em virtude disso, mas quando foi questionado preferiu admitir ser negro³⁶.

Quem representou Plessy no julgamento foi o advogado, escritor e diplomata Albion Tourgee. Na defesa Tourgee alegou que a legislação em questão estigmatizava as pessoas negras e as colocava em posição de inferioridade. Além disso, foram invocadas as 13ª e 14ª Emendas³⁷.

Durante o julgamento do caso *Plessy v. Ferguson*, a Suprema Corte reconheceu como constitucional a lei da Louisiana que tinha como *slogan separate but equal*³⁸.

De acordo com Juarez Freitas e Gabriel Wedy, o autor do voto condutor – *Justice Brown* – fundamentou a decisão no fato que:

A segregação era razoável desde que baseada em costumes, usos e tradições das pessoas dos Estados, com uma visão de manutenção do seu conforto e serviria para preservar a ordem e a paz pública. [...] Para o referido *Justice* o objeto da 14ª Emenda foi o de reconhecer a absoluta igualdade de raças perante a lei, mas de acordo com a “natureza das coisas” não poderia ter sido a intenção do Congresso abolir as distinções baseadas na cor³⁹.

Mais uma vez, Juarez Freitas e Gabriel Wedy apresentam o voto dissidente do caso proferido pelo *Justice Harlan* o qual fomentou os debates públicos sobre a política segregacionista:

Para o prolator do voto dissidente, todos os cidadãos deveriam ser tratados igualmente. Como cidadãos, os negros deveriam ter todas as prerrogativas e direitos previstos na Constituição e a segregação seria inadmissível opressão sobre tais prerrogativas e liberdades. Para *Justice Harlan*, com senso correto dos deveres de universalização, nos Estados Unidos “não existe uma classe dominante ou de cidadãos superiores. Não existem castas aqui. Nossa Constituição é cega em relação à cor, e nem conhece ou tolera classes entre cidadãos”. Enfatizou corretamente que os destinos estão indissociavelmente ligados e os interesses de todos, brancos e negros, exigem governo comum que não deve permitir que o ódio racial seja alimentado pela sanção de uma lei [no caso a lei segregacionista]. Para *Justice Harlan*,

³⁶ JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes:** da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 73-74.

³⁷ FREITAS, Juarez; WEDY, Gabriel. **O legado dos votos vencidos nas decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos da América.** Porto Alegre: Interesse Público, v. 16, nº 87, p. 15-46, set./out. 2014, p. 26.

³⁸ JOBIM, Marco Félix., op. cit., p. 75.

³⁹ FREITAS, Juarez; WEDY, Gabriel., op. cit., p. 26.

a condenação de Plessy deveria ser revertida e a lei do Estado da Louisiana anulada⁴⁰.

A posição da Corte firmada no caso *Plessy v. Ferguson*, ao permitir a utilização da doutrina do *separate but equal* perdurou por 58 anos e não ficou adstrita apenas às ferrovias, mas espalhou para diversos segmentos da sociedade principalmente nas escolas públicas através das leis segregacionistas – *Jim Crow Laws*.

1.5 Caso *Brown v. Board of Education of Topeka*

Após mais de 100 anos do julgamento de Dred Scott e 50 de Plessy, coube novamente à Corte americana julgar mais um caso envolvendo questões raciais. A origem desse caso está intrinsecamente ligada à doutrina do *separate but equal*.

Bello Filho e Fontoura, declaram ser o caso *Brown v. Board Education* um dos mais emblemáticos da história da Suprema Corte. Isso porque nele houve o entendimento que a doutrina do *separate but equal* feria a cláusula da *equal protection* prevista na 14^a Emenda à Constituição⁴¹.

De acordo com Jobim⁴², o contexto histórico do caso em análise pode ser confundido com o próprio contexto jurídico utilizado. Consequentemente:

em virtude da política de alguns Estados do Sul, os negros, aos milhões, migraram para os Estados do Norte, em busca de maior tolerância racial, o que resultou no fortalecimento da política para os negros, assim como no aumento de seu poder, o que pode ser confirmado com a própria criação da *National Association for the Advancement of Colored People* (NAACP) [...]. A própria importância dos negros durante sua participação na Segunda Guerra Mundial é lembrada como fator condicionante para que conseguissem abrir o espaço suficiente para exigir, por meio do Poder Judiciário, melhores direitos para questões relacionadas às desigualdades sociais, como as que existiam em escolas públicas dos Estados Unidos.

⁴⁰ FREITAS, Juarez; WEDY, Gabriel. **O legado dos votos vencidos nas decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos da América**. Porto Alegre: Interesse Público, v. 16, nº 87, p. 15-46, set./out. 2014, p. 27.

⁴¹ BELLO FILHO, Ney de Barros; FONTOURA, Luiz Fernando Pedrosa. **A Suprema Corte dos Estados Unidos: da segregação à desegregação racial**. In: Ney de Barros Bello Filho. (Org.). *Jurisdição e interpretação*. Brasília: IDP, 2015, v. 1, p. 47.

⁴² JOBIM, Marco Félix. ***Brown v. Board of Education*: a origem das medidas estruturantes**. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC, v.7, n.26, p. 441-465, maio/ago. 2013, p. 451-452.

A NAACP – organização que impulsionou a maioria dos casos vinculados à segregação racial – implementou estratégias que visavam demonstrar para os Tribunais Federais do Estado do Kansas que a doutrina do *separate but equal* condicionava as crianças negras a uma situação de inferioridade. Essas ações propiciaram que em 1951, Oliver Brown, pai da estudante Linda Brown, de 8 anos, e mais outros 20 pais propusessem uma ação contra a Secretaria de Educação requerendo para seus filhos o direito de eles frequentarem escolas públicas, antes privativas para brancos⁴³.

No julgamento do caso em 1954, a Corte, comandada por Earl Warren⁴⁴, entendeu que a segregação era inerentemente desigual, reconhecendo aos demandantes o direito de ingressarem em escolas antes reservadas para brancos. Além disso, a doutrina do *equal but separate* estabelecida em *Plessy* não deveria ser aplicada no sistema educacional uma vez que:

separá-las [as crianças negras] de outras de idade e qualificações similares só em virtude da raça negra gera um sentimento de inferioridade de seu *status* na comunidade, que deve afetar seus corações e mentes de um modo que provavelmente não possa ser desfeito. (...). Qualquer que fosse a extensão dos conhecimentos psicológicos na época de *Plessy*, essa observação é amplamente amparada pelas autoridades modernas.⁴⁵

Ao se analisar mais profundamente os aspectos do julgamento de *Brown* uma questão pode ser levantada: embora a Corte houvesse decidido no sentido de erradicar a doutrina do *equal but separate*, concretizar essa decisão e torná-la efetiva não aparentava ser uma missão fácil, ainda mais quando é necessário romper um paradigma mais que centenário⁴⁶.

Os estados sulistas não satisfeitos com o resultado do julgamento implementaram uma verdadeira força tarefa para impedir o cumprimento da decisão

⁴³ LORENZETTI, Ricardo Luís. **Teoria geral do direito ambiental**. Tradução de: Fábio Costa Morosini e Fernanda Nunes Barbosa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 116.

⁴⁴ Juarez Freitas e Gabriel Wedy afirmam que antes do julgamento do caso *Brown v. Board Education* a Suprema Corte norte-americana já havia praticamente minado a interpretação do *equal but separate* nos seguintes casos: *McCabe v. Atchison, Topeka & Santa Fe Railway* [1914], *Gaines v. Canada* [1938], *Sweat v. Painter* [1950] e *MacLaurin v. Oklahoma State Regent*. FREITAS, Juarez; WEDY, Gabriel. **O legado dos votos vencidos nas decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos da América**. Porto Alegre: Interesse Público, v. 16, nº 87, p. 15-46, set./out. 2014, p. 29.

⁴⁵ MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 40.

⁴⁶ JOBIM, Marco Félix. ***Brown v. Board of Education***: a origem das medidas estruturantes. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC, v.7, n.26, p. 441-465, mai./ago. 2013, p. 455.

judicial. Essa resistência em massa colocou em xeque a legitimidade da Suprema Corte para emanar esse tipo de decisão. Nesse contexto, em 1955 houve nova decisão pela Suprema Corte conhecida como *Brown II*. Nela, foi delegado às cortes distritais a missão de efetivar a extirpação da segregação racial nas escolas⁴⁷.

Ainda assim, a resistência para o cumprimento da decisão nos estados do Sul continuou e teve por ápice:

o incidente na cidade de Little Rock, no estado segregacionista do Arkansas, no ano de 1957. O governador Orval Faubus utilizou a Guarda Nacional do estado para impedir que nove estudantes negros entrassem em uma escola secundária da cidade, antes exclusiva “de brancos”. Tornou-se então necessária a intervenção do Governo Federal. O Presidente dos Estados Unidos, Dwight Eisenhower, enviou tropas do Exército para a cidade e, dessa maneira, assegurou a entrada dos estudantes negros na escola de Little Rock. Para Eisenhower, estava em jogo saber “se o direito federal ou estadual era supremo, sendo então imperioso intervir em favor da execução da doutrina de *Brown* até “para manter a supremacia federal”. Sem essa intervenção do Executivo federal, *Brown* enfrentaria um caminho muito mais longo e tortuoso para tornar-se uma realidade concreta⁴⁸.”

Outra medida a ser destacada cujo intuito era fortalecer a decisão da Suprema Corte foi tomada pelo Congresso Nacional em 1964. Tal providência possibilitou o corte de verbas federais para as instituições que de alguma forma propagassem a segregação racial⁴⁹.

Em que pese a dificuldade de se cumprir a decisão judicial, o caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, é considerado um dos marcos que contribuíram para o avanço dos direitos civis norte-americanos. Algumas decisões que sucederam a esse caso “culminaram por concluir pela inconstitucionalidade da segregação em estabelecimentos públicos ou abertos ao público, bem como leis estaduais racistas, como a que proibia o casamento inter-racial⁵⁰”.

Nesse sentido, quando uma decisão é imposta e os cidadãos não estão aptos – ou não desejam – cumprir o comando jurisdicional isso pode acarretar sérios

⁴⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **A evolução do ativismo judicial na Suprema Corte Norte-Americana**. Rio de Janeiro: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, n.60, p. 59-117, abr./jun. 2016, p. 90-91.

⁴⁸ CAMPOS, op. cit., p. 91.

⁴⁹ RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; OLIVEIRA JÚNIOR, Jorge Ferraz de. **Características do ativismo judicial nos Estados Unidos e no Brasil: um breve histórico do ativismo judicial na Suprema Corte norte-americana e um paralelo com o recente ativismo judicial da Suprema Corte brasileira**. Brasília: Revista de Informação Legislativa, v.51, n. 204, p. 25-42, out./dez. 2014, p. 36.

⁵⁰ MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 43.

prejuízos para o plano social, conforme demonstrado anteriormente. Em virtude desse cenário, Jobim⁵¹ conclui que:

pode ser verificado que há uma evolução cultural da sociedade estadunidense ao longo dos anos em que a Suprema Corte dos Estados Unidos julgou, desde *Dred Scott v. Sandford*, passando por *Plessy v. Ferguson* e, finalmente, *Brown v. Board of Education*, culminando com a decisão que aboliu a ilusão de que pessoas com raças diferentes, em condições iguais, mas separadas, têm as mesmas oportunidades na vida. Conclui-se, assim, que o momento cultural da sociedade é um importante marco referencial para que Cortes Superiores possam julgar melhor, em que pese o fato de que estas não podem somente acompanhar o que ocorre na sociedade, sob pena de virarem reféns dela. Existem momentos nos quais o Poder Judiciário deverá julgar contra o que ela anseia, ou parcela dela, e, como foi demonstrado, a efetividade do que foi decidido não se dará por si só, devendo o órgão jurisdicional ditar as formas pelas quais aquela decisão será efetiva, pois imbuído de poderes para tanto.

Portanto, a decisão de *Brown v. Board of Education of Topeka*, sem dúvidas, contribuiu significativamente para modificar o comportamento da sociedade americana e repercutiu até os dias atuais, sendo classificada como um superprecedente⁵².

1.6 Diferenças entre *Common Law* e *Civil Law*

É cediço que o *common law* e o *civil law* são as duas principais famílias jurídicas do ocidente. Essa divisão pode sugerir um cenário binário, ou seja, cada um desses sistemas conteria um grupo de países e neles haveria homogeneidade na forma como o fenômeno jurídico se manifesta. No entanto, há particularidades em certa parte dos países, principalmente em relação às instituições e ao conteúdo

⁵¹ JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes:** da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 83-86.

⁵² LEGALE, Siddharta. **Superprecedente.** Rev. direito GV, São Paulo, v. 12, n. 3, p. 810-845, dez. 2016. Para o autor ocorre quando: “Superprecedente são **precedentes de difícil ou reduzida chance de superação** (*overruling*), o que se dá não pela necessária unanimidade de tal precedente (judicial ou social), mas pela dificuldade de se conseguir nos tribunais interpretações diversas (casos no qual se tentará uma interpretação parcialmente divergente), bem como porque parte substancial da doutrina e da compreensão constitucional do ordenamento está baseada naquele entendimento expresso no precedente. Sua superação significaria a queda de uma parte significativa das normas vigentes ou uma intensa de transformação interpretativa por parte das redes que sustentam os precedentes, o que ditará os que são majoritários e rotulará os minoritários em relação ao assunto tratado no precedente”.

do Direito. De fato, a divisão entre *common law* e *civil law* seria apenas para a divisão entre modelos ideais⁵³.

A origem do sistema *common Law* remete aos anos de 1066 e tem como significado direito comum, “justamente porque se decidia de maneira centralizada pelas Cortes Reais de Justiça de Westminster”. Logo, “o *common Law* se opunha a todos os direitos locais que se baseavam nas tradições e eram distintos de um local para outro”⁵⁴.

De acordo com Castro e Gonçalves⁵⁵, no *Common Law*, o Direito é elaborado e refinado tanto pelos Tribunais quanto pelos operadores do Direito. Esse aprimoramento ocorre mediante as decisões previamente tomadas pelos Tribunais as quais poderão ser utilizadas aos novos casos trazidos ao Judiciário. Se ocorrer que o fato em análise não tenha qualquer precedente, os magistrados detêm a prerrogativa e autonomia para estabelecer o precedente. Há, portanto, uma interpretação do Direito, sendo ele declarado.

A tudo isso Gonçalves⁵⁶ complementa:

de acordo com o entendimento tradicional, o *common law* é descrito como um sistema jurídico de direito jurisprudencial, de origem anglo-saxônica. Neste, a atuação decisória dos juízes norteia-se pelo dever de se seguir os precedentes, compreendidos como decisões judiciais pretéritas dotadas de vinculatividade, em razão do princípio do *stare decisis*. Neste sentido, é esse um modelo caracterizado por um protagonismo judiciário o qual - ainda de acordo com a narrativa usual - se faz presente, inclusive, no momento de criação do direito. Essa, entretanto, é uma visão recente: historicamente, se entendia que o direito aplicado pelos juízes seria não criado, mas apreendido por eles, por se tratar de um direito natural.

Já o sistema do *Civil Law*, remete sua origem aos estudos realizados nas Universidades sobre o Direito Romano. Ele possui como característica que seu

⁵³ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America**. Stanford University Press, 2007, p. 1.

⁵⁴ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; MELLO, Luciana Ferreira. **Paralelo entre os precedentes dos Estados Unidos** - análise da decisão *Roe vs Wade*, e o instituto da eficácia transcendente dos motivos determinantes no Brasil. Revista do Direito da UNISC, v. 2, n. 46, p. 86-103, maio/ago. 2015, p. 87.

⁵⁵ CASTRO, Guilherme Fortes Monteiro de; GONÇALVES, Eduardo da Silva. **A aplicação da common law no Brasil: diferenças e afinidades**. Âmbito Jurídico, 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=11647&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 09 mai. 2017.

⁵⁶ GONÇALVES, Gabriel Accioly. **O Desenvolvimento Judicial do Direito Constitucional nos Sistemas de Civil Law e do Common Law**. Parahyba Judiciária, v. IX, p. 139-165, 2015, p.139.

conteúdo do Direito em vigor é preponderantemente legislado⁵⁷. De acordo com Barboza e Mello, esse sistema apresenta algumas vantagens:

- i) era um direito escrito, em oposição à maioria dos direitos consuetudinários na época, com todas as consequências que derivam da incerteza e da insegurança do costume; ii) era comum a todos tendo sido reconhecido como *ius commune* da Europa continental; iii) era mais completo que os direitos locais, tornando-se, por isso, supletivo aos direitos locais; iv) era mais evoluído, pois elaborado com base num direito de uma sociedade mais desenvolvida⁵⁸.

Nesse sentido, a maior diferença entre o sistema do *common law* e do *civil law* reside no fato de que o primeiro tem como fonte as decisões judiciais e o segundo depende das leis advindas do Poder Legislativo.

Barboza e Mello salientam, que apesar das diferenciações entre os dois sistemas, após a segunda metade do século XX eles começaram a se aproximar, principalmente a partir da Revolução dos Direitos Humanos e da Judicialização da Política⁵⁹.

A doutrina que estuda o uso dos precedentes é denominada de *stare decisis et quia non movere*, mas usualmente se utiliza a nomenclatura abreviada – *stare decisis*. Essa doutrina é considerada a base dos sistemas jurídicos da *common law*.

Barboza e Mello⁶⁰ apontam que no *common law* impera o princípio do *Judge Made Law*, ou seja, as decisões emanadas pelo Judiciário são fonte de direito – doutrina de precedentes. De outro modo, no sistema do *civil law*, as decisões dependerão do molde dado pela legislação vigente e consequentemente, não há de se falar em doutrina de precedentes⁶¹.

⁵⁷ GONÇALVES, Gabriel Accioly. **O Desenvolvimento Judicial do Direito Constitucional nos Sistemas de Civil Law e do Common Law**. Parahyba Judiciária, v. IX, p. 139-165, 2015, p.139.

⁵⁸ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; MELLO, Luciana Ferreira. **Paralelo entre os precedentes dos Estados Unidos** - análise da decisão *Roe vs Wade*, e o instituto da eficácia transcendente dos motivos determinantes no Brasil. Revista do Direito da UNISC, v. 2, n. 46, p. 86-103, maio/ago. 2015, p. 87.

⁵⁹ Ibidem, p. 95.

⁶⁰ Ibidem, p. 88.

⁶¹ É importante ressaltar que o novo Código de Processo Civil traz um sistema de precedentes que deve ser observado pelo juiz no momento de sua tomada de decisão. Isso pode ser demonstrado no artigo 489, § 1º, VI: “Art. 489. (...)§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...) VI deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”. Além disso, nos artigos 926 e 927 o novo código traz mecanismos para o aumento da segurança jurídica dos julgados: “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. “Art.

Barboza⁶² defende que:

o corpo de precedentes disponíveis para serem considerados em qualquer sistema jurídico representa, assim, uma acumulação de conhecimento do passado. Não é sempre, e não tem que ser sempre, que existe uma perfeita equivalência entre um novo caso e algum precedente. É mais provável que, para cada caso novo, um conjunto de decisões prévias garanta alguns modelos similares que possam ser adotados ou adaptados para solucionar o problema que se enfrenta atualmente.

É importante ressaltar que o fato de se utilizar os precedentes não acarreta no “engessamento da atividade jurisdicional”. O sistema de precedentes não é estático, existe a possibilidade de o juiz perceber que determinado precedente deva ser superado ou que ele não é adequado para o caso analisado⁶³. Nesse contexto, poderá o juiz, fundamentando sua decisão, aplicar os institutos *distinguishing*⁶⁴ e *overruling*⁶⁵.

927. Os juízes e os tribunais observarão: I as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade; II os enunciados de súmula vinculante; III os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional; V a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo. § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do STF e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

⁶² BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, Integridade, Segurança Jurídica:** reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de *Common Law* e *Civil Law* na sociedade contemporânea. Tese de Doutorado em Direito apresentada ao Programa de Pós-graduação em direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. 2013, p. 168.

⁶³ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; MELLO, Luciana Ferreira. **Paralelo entre os precedentes dos Estados Unidos** - análise da decisão *Roe vs Wade*, e o instituto da eficácia transcendente dos motivos determinantes no Brasil. Revista do Direito da UNISC, v. 2, n. 46, p. 86-103, maio/ago. 2015, p. 91.

⁶⁴ “O *distinguishing*, assim como o *overruling*, garantem ao juiz liberdade de julgamento no *stare decisis*, os quais podem, com a devida justificativa, demonstrar a diversidade do caso que lhe foi submetido e não aplicar precedente do Tribunal, devendo, contudo, o juiz, ao realizar o *distinguishing*, atuar com prudência e a partir de critérios, pois esta técnica não confere ampla liberdade para desobediência de precedentes que não lhes convém”. In PANUTTO, Peter. **Precedentes Judiciais vinculantes:** O sistema jurídico-processual brasileiro antes e depois do Código de Processo Civil de 2015. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 136-137.

⁶⁵ “O *overruling* não tem, por óbvio, o objetivo de limitação do Direito, mas sim de segurança do movimento. (...) A possibilidade de superação dos precedentes dinamiza o sistema jurídico, impedindo seu engessamento, pois a interpretação dos precedentes deve levar em conta a totalidade do ordenamento jurídico e toda a valoração e a fundamentação que o embasam, assim, sempre que

Nesse mesmo sentido Rosa⁶⁶ concebe que:

no *common law*, apesar de se vincular aos casos anteriores, sabe-se que o núcleo da decisão é que importa, devendo-se apurar os critérios que aproximam ou distanciam (*distinguishing* e o *overruling*) do precedente – que não se confunde com mero julgado –, bem assim os argumentos que foram invocados, já que podem surgir novos. O futuro, portanto, abre-se para o julgamento presente, sem que se fique preso às decisões do passado. Justamente porque o argumento anterior pode falhar no caso atual, quer por um argumento novo, quer por um detalhe diferente, diante da multiplicidade de variáveis que incidem em um julgamento.

Já no sistema de *civil law*, os juízes não precisam enfrentar todo esse ônus argumentativo para decidir de maneira diversa a um caso anterior. Basta que ele utilize a legislação existente para fundamentar sua decisão. Gonçalves acredita que, na prática, esse modelo favoreça uma “criatividade ainda maior à praticada pelo outro sistema”⁶⁷.

Com base no exposto, apesar de o sistema de precedentes ser um instrumento tipicamente do *common law*, atualmente é possível notar métodos que possibilitem aplicação de tal mecanismo no Brasil⁶⁸ (país de origem no *Civil Law*).

Nessa conjuntura Gonçalves defende que:

retomando-se o debate a respeito da não existência de um princípio de *stare decisis* no direito brasileiro, deve ser pontuado que a mencionada ausência de um dever de adesão a precedentes no direito brasileiro tenha passado por uma relativização, com a adoção do efeito vinculante a decisões⁶⁹ tomadas no âmbito do controle de constitucionalidade por via direta, bem como de súmulas vinculantes, cujo descumprimento, em ambos os casos, enseja a reclamação constitucional⁷⁰.

ele for a base de uma nova decisão, sua *ratio decidendi* pode se demonstrar superada”. In PANUTTO, Peter. **Precedentes Judiciais vinculantes: O sistema jurídico-processual brasileiro antes e depois do Código de Processo Civil de 2015**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 135-136.

⁶⁶ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 271-272.

⁶⁷ GONÇALVES, Gabriel Accioly. **O Desenvolvimento Judicial do Direito Constitucional nos Sistemas de Civil Law e do Common Law**. Parahyba Judiciária, v. IX, p. 139-165, 2015, p.149-150.

⁶⁸ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; MELLO, Luciana Ferreira. **Paralelo entre os precedentes dos Estados Unidos - análise da decisão *Roe vs Wade*, e o instituto da eficácia transcendente dos motivos determinantes no Brasil**. Revista do Direito da UNISC, v. 2, n. 46, p. 86-103, maio/ago. 2015, p. 95.

⁶⁹ Barboza acrescenta ainda: “Parcela da doutrina apresenta alguns institutos no ordenamento jurídico pátrio como sendo análogos à prática de precedentes, tais como: súmulas, súmulas vinculantes, prática de exigência de repercussão geral para admissão de recursos e a eficácia da transcendência dos motivos determinantes das decisões. Todos os instrumentos citados guardam similitudes e diferenças com os precedentes.” In: BARBOZA, op. cit., p. 95.

⁷⁰ GONÇALVES, op. cit., p.150-151.

Em relação ao controle de constitucionalidade, podemos diferenciar modelo adotado nos Estados Unidos do utilizado no Brasil.

De acordo com Lopes⁷¹, nos Estados Unidos se adota o controle de constitucionalidade difuso no qual qualquer juiz pode declarar, em um caso incidental, a inconstitucionalidade de lei que esteja em descompasso com a Constituição.

Já o modelo adotado no Brasil, na análise da constitucionalidade das leis é misto. Isso porque:

ao mesmo tempo em que adota o sistema difuso inspirado no modelo norte-americano, também adota o sistema concentrado inspirado no modelo austríaco, no qual a Constituição Federal elege um órgão: Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição, sendo-lhe conferido o poder de analisar a adequação de leis e atos normativos com o texto magno⁷².

Marinoni⁷³ compara a transcendência dos motivos determinantes aos precedentes. Para ele, a adequada tutela jurisdicional da Constituição e a autoridade do Supremo Tribunal Federal dependem da eficácia vinculante dos motivos determinantes da decisão proferida no controle concentrado de normas: “Na medida em que se admite essa eficácia vinculante que a decisão, até então vista apenas como produtora de coisa julgada *erga omnes*, passa também a ter a qualidade de precedente constitucional”.

Deste modo, de acordo com o que foi abordado até agora, é possível distinguir o direito norte-americano, em relação ao brasileiro, tanto pela origem dos sistemas (*common law* e *civil law*, respectivamente) quanto pela forma em que se dá o controle de constitucionalidade.

Mesmo com essas distinções, fica evidente que o sistema de precedentes pode ser relacionado como meio eficaz de proporcionar a igualdade de tratamento

⁷¹ LOPES, Sara Morgana Silva Carvalho. **As distinções marcantes entre os modelos de controle de constitucionalidade difuso dos estados unidos e concentrado da Europa**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 93, out 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10558>. Acesso em 3 mai. 2017.

⁷² BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; MELLO, Luciana Ferreira. **Paralelo entre os precedentes dos Estados Unidos** - análise da decisão *Roe vs Wade*, e o instituto da eficácia transcendente dos motivos determinantes no Brasil. Revista do Direito da UNISC, v. 2, n. 46, p. 86-103, maio/ago. 2015, p. 89.

⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**, 2ª ed. São Paulo: RT, 2011, p. 469-470.

entre os jurisdicionados, trazer segurança jurídica e dar força normativa da Constituição⁷⁴. Barboza conclui que:

assim, quer seja instrumentalmente ou historicamente, apesar do sistema de precedentes ser um instrumento tipicamente do Common Law, identifica-se a possibilidade de aplicação de tal mecanismo no Brasil, país cujo sistema é baseado no Civil Law⁷⁵.

Portanto, a aproximação do *common law* com o *civil law* no âmbito do Judiciário brasileiro revela-se como um valioso instrumento de uniformização e estabilidade de jurisprudência.

1.7 A utilização de medidas estruturantes pelo Supremo Tribunal Federal

As *structural injunctions* – medidas estruturantes – são frutos da pesquisa desenvolvida por Owen Fiss, na Universidade de Yale, nos Estados Unidos. Para o autor, o caso *Brown v. Board of Education of Topeka* foi o primeiro em que tais medidas podem ser identificadas.

Quando a Suprema Corte julgou o caso *Brown v. Board of Education* houve o comprometimento dos membros em tornar aquela decisão efetiva e, devido a peculiaridade do caso, eles determinaram que para a transformação do sistema educacional vigente seriam necessários:

novos procedimentos para a escolha dos alunos; novos critérios para a construção das escolas; a substituição dos corpos docentes; a revisão do sistema de transporte para acomodar novas rotas e novas distâncias; nova alocação de recursos entre escolas e atividades; a modificação do currículo; o aumento de verbas; a revisão dos programas desportivos das escolas; novos sistemas de informação para monitorar o desempenho da organização e muito mais⁷⁶.

⁷⁴ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; MELLO, Luciana Ferreira. **Paralelo entre os precedentes dos Estados Unidos** - análise da decisão *Roe vs Wade*, e o instituto da eficácia transcendente dos motivos determinantes no Brasil. Revista do Direito da UNISC, v. 2, n. 46, p. 86-103, maio/ago. 2015, p. 89.

⁷⁵ Ibidem, p. 95.

⁷⁶ FISS, Owen. **Um novo Processo Civil**: estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e sociedade. Tradução de: Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós, Coordenação de tradução de: Carlos Alberto Salles. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 28.

Para Fiss⁷⁷, o meio pelo qual os juízes dão significados aos valores públicos é uma forma de adjudicação⁷⁸.

A reforma estrutural (*structural reform*)⁷⁹ é um tipo de adjudicação diferente, pois ela possui não só um caráter constitucional dos valores públicos, mas também por constituir um duelo entre o Poder Judiciário e as burocracias estatais. O autor elucida que:

a reforma estrutural é baseada na noção de que a qualidade de nossa vida social é afetada de forma significativa pela operação de organizações de grande porte e não somente por indivíduos, agindo dentro ou fora dessas organizações. É também baseada na crença de que os valores constitucionais norte-americanos não podem ser totalmente assegurados, sem que mudanças básicas sejam efetuadas nessas organizações.

O processo judicial que se utiliza de medidas estruturantes é aquele em que o juiz assume um papel de protagonista. No teor da sua decisão, ele busca vencer a burocracia estatal existente e adota meios que reorganizam as instituições de modo a evitar e a erradicar a proliferação de ameaças advindas do *status quo*. Essas medidas são conhecidas como *injunctions*⁸⁰ – meio pelo qual essas diretivas de reconstrução são transmitidas⁸¹.

Mas em quais questões seria possível utilizar as medidas estruturantes? Para Arenhart, seria naquelas que “envolvem valores amplos da sociedade, no sentido não apenas que há vários interesses concorrentes em jogo, mas também de que a esfera jurídica de vários terceiros pode ser afetada pela decisão judicial⁸²”.

⁷⁷ FISS, Owen. **Um novo Processo Civil**: estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e sociedade. Tradução de: Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós, Coordenação de tradução de: Carlos Alberto Salles. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 26-27.

⁷⁸ Conforme a nota contida no texto do autor, “*adjudication* é a forma usual da na literatura inglesa para designar a atividade realizada pelo Judiciário na solução de conflitos. Não obstante o vocábulo correspondente em português seja mais utilizado nas relações de posse e propriedade (e.g., a “adjudicação compulsória”), é correta na sua extensão para o sentido utilizado na língua inglesa. O juiz, ao julgar um determinado caso, aplica a norma ao caso concreto adjudicando – isto é, atribuindo – uma solução, entre outras possíveis, para a controvérsia em questão”. In: FISS, op. cit., p. 26.

⁷⁹ Nesse trabalho, adotar-se-á, conforme a teoria de base proposta por Marco Félix Jobim o nome de medidas estruturantes (**Medidas estruturantes**: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013).

⁸⁰ “É a ordem judicial que proíbe o réu de praticar, ou determina que ele pratique determinado ato. Geralmente tal medida possui caráter preventivo, visto que não se destina à reparação de ilícitos passados, mas a evitar danos futuros”. In: FISS, op. cit., p. 27.

⁸¹ FISS, op. cit., p. 27.

⁸² ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito Processual Civil brasileiro**. São Paulo: Revista de Processo – Revista dos Tribunais, v.38, n. 225, p. 389-410, nov. 2013, p. 394.

As decisões que se utilizam das medidas estruturantes envolvem necessariamente um modo proativo da interpretação constitucional, principalmente quando há lacunas legislativas relativas aos direitos fundamentais⁸³.

Essa forma de interpretação é denominada ativismo judicial e Barroso⁸⁴ a conceitua:

Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais. Todas essas transformações foram efetivadas sem qualquer ato do Congresso ou decreto presidencial. (...) A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.

Ramos e Oliveira Júnior fazem um comparativo entre o ativismo norte-americano e o praticado no Brasil. Nos Estados Unidos, a meta é restringir a atividade legislativa, por outro lado, no Brasil prioriza-se compensar a inércia dos Poderes Executivo e Legislativo em prol da efetivação de direitos constitucionalmente previstos e a alguns reclamos do corpo social⁸⁵.

Para os autores, o desinteresse em legislar advém de fatores como o caráter analítico da Constituição brasileira, a forma em que as competências legislativas são distribuídas – há a prevalência do Legislativo Federal, *déficit* de representatividade, e o próprio sistema eleitoral brasileiro⁸⁶.

O sistema eleitoral permite que os parlamentares não se posicionem em relação a temas polêmicos. Isso porque eles não desejam perder votos daquelas pessoas que poderiam ficar descontentes, tampouco daquelas que poderiam ter algum direito garantido⁸⁷. “Essa omissão consciente do Poder Legislativo é

⁸³ VIEIRA, Vanessa Sousa; ALMEIDA, Fabiane Cristina de. **A comparticipação como pressuposto de efetividade das medidas estruturantes deferidas liminarmente**. In: XXV Encontro Nacional do Conpedi, 2016, Brasília. Anais do XXV Encontro Nacional do Conpedi, 2016, p. 208.

⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 369-370.

⁸⁵ RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; OLIVEIRA JÚNIOR, Jorge Ferraz de. **Características do ativismo judicial nos Estados Unidos e no Brasil**: um breve histórico do ativismo judicial na Suprema Corte norte-americana e um paralelo com o recente ativismo judicial da Suprema Corte brasileira. Brasília: Revista de Informação Legislativa, v.51, n. 204, p. 25-42, out./dez. 2014, p. 37.

⁸⁶ Ibidem, p. 38.

⁸⁷ Ibidem, p. 38.

denominada, por alguns autores de “delegação estratégica” (de questões polêmicas) ao Poder Judiciário⁸⁸”.

É nesse cenário, de lacunas legislativas, que muitas vezes os magistrados terão de atuar e, pelo Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, deverão decidir. Assim:

o fato é que, ao não legislar sobre a matéria, o interessado procurará quem puder assegurar a sua pretensão e, nesse aspecto, o Poder Judiciário mostra-se a mais democrática das instituições, porquanto, diferentemente do Poder Legislativo, o Poder Judiciário não pode aludir à conveniência ou oportunidade de julgar questões morais que lhe são apresentadas: ou afirma o direito ou nega-o. Como relembra Cappelletti, os tribunais são mais acessíveis aos cidadãos do que outros órgãos dos demais poderes. Enquanto a chave para abrir as portas de um tribunal é simplesmente o pedido da parte, uma audiência perante uma alta autoridade do Legislativo ou Executivo ocorre apenas quando a parte interessada ou é muito rica ou é poderosa⁸⁹.

Diante desses fatos, para serem utilizadas as medidas estruturantes é necessário a existência de um sistema jurídico suficientemente maduro no qual a ideia da separação dos Poderes seja mitigada. Pois, caso não seja adotada essa postura, é inimaginável que o Judiciário possa intervir nas políticas públicas através das sentenças estruturais⁹⁰.

O Supremo Tribunal Federal, por diversas vezes, já admitiu que atos de política pública – principalmente quando tratarem de direitos fundamentais – podem ser controlados pelo Judiciário. As medidas estruturantes, porém, só deverão ser utilizadas quando não houver outra que seja mais simples e adequada⁹¹.

Detalhando as características processuais das medidas estruturantes Arenhart estabelece:

Pode-se até imaginar que esse tipo de decisão conviva com um sistema baseado no princípio da congruência – entre pedido e sentença – já que também a parte autora pode fazer o juízo necessário para a obtenção da adequada proteção ao direito discutido. Todavia, observada a realidade, vê-se que dificilmente será assim, já que o campo de atuação de sentenças

⁸⁸ RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; OLIVEIRA JÚNIOR, Jorge Ferraz de. **Características do ativismo judicial nos Estados Unidos e no Brasil: um breve histórico do ativismo judicial na Suprema Corte norte-americana e um paralelo com o recente ativismo judicial da Suprema Corte brasileira**. Brasília: Revista de Informação Legislativa, v.51, n. 204, p. 25-42, out./dez. 2014, p. 39.

⁸⁹ Ibidem, p. 39.

⁹⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito Processual Civil brasileiro**. São Paulo: Revista de Processo – Revista dos Tribunais, v.38, n. 225, p. 389-410, nov. 2013, p. 397.

⁹¹ Ibidem, p. 397-398.

estruturais implica conflitos cujas condições são altamente mutáveis e fluidas. As necessidades de proteção em um determinado momento, muito frequentemente, serão distintas daquelas existentes em outra ocasião⁹².

E continua:

Essas decisões podem (e, muitas vezes, devem) ir além da simples especificação do resultado a ser obtido, esclarecendo os meios para tanto. A sentença judicial, ao fixar a consequência esperada, pode impor um plano de ação, ou mesmo delegar a criação desse plano a outro ente, de forma a atingir, de maneira mais pronta e com o menor sacrifício aos interesses envolvidos, o resultado almejado. É o que Ricardo Lorenzetti chama de microinstitucionalidade. O provimento estrutural, de fato, muitas vezes deverá assumir a forma de uma “nova instituição”, criada para acompanhar, implementar e pensar sobre a realização do escopo da tutela judicial oferecida⁹³.

Uma questão que surge é se o Supremo Tribunal Federal teria o ambiente democrático para prolatar as sentenças estruturais.

Jobim⁹⁴ elenca doze motivos pelos quais o STF pode implementar as medidas estruturantes:

- i) há uma limitação para que o Poder Judiciário possa criar, sendo ela os limites interpretativos que o texto constitucional contém;
- ii) o STF tem dever de atuar na omissão, assim como na ação equivocada dos demais poderes;
- iii) o Ministro do STF deve ser brasileiro nato em razão de poder assumir, na falta de outros, a Presidência da República, denotando sua importância no Estado Constitucional;
- iv) os Ministros do STF são sabatinados pelos membros do legislativo, morando, neste fato, uma forma de representação indireta daqueles;
- v) os Ministros são nomeados pelo Chefe do Executivo sendo, pois, indiretamente, eleitos em razão de ser o povo aquele quem elege seu Presidente;
- vi) os Ministros do STF podem sofrer *impeachment* por parte dos membros do Poder Legislativo;
- vii) há, na Corte Suprema, a possibilidade da intervenção de terceiros pela via do *amicus curiae* havendo, pois, uma forma de democracia participativa do processo;
- viii) existe, também, mais uma forma de democracia participativa no processo que é pela via das audiências públicas;
- ix) podem os poderes e o próprio cidadão trabalharem juntamente nos processos do STF;
- x) o Legislativo sempre poderá realizar seu papel após o julgamento emanado da Suprema Corte;

⁹² ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito Processual Civil brasileiro**. São Paulo: Revista de Processo – Revista dos Tribunais, v.38, n. 225, p. 389-410, nov. 2013, p. 398.

⁹³ Ibidem, p. 400.

⁹⁴ JOBIM, Marco Félix. **A structural reform no direito brasileiro e a atuação democrática do Supremo Tribunal Federal na sua implementação**. São Paulo: Revista de Processo Comparado – RPC, v.1, n.2, p. 159-179, jul./dez. 2015, p. 177-178.

- xi) fundamentação e publicidade como aliados de uma decisão democrática;
- xii) o STF ainda sofre um controle externo pela via do Conselho Nacional de Justiça.

O primeiro motivo está relacionado ao fato de que todas as decisões emanadas deverão estar contidas nos limites normativos da Constituição, nunca em contrariedade ou além do que é previsto⁹⁵.

O segundo trata de uma prerrogativa não exclusiva ao Poder Judiciário. Conforme o sistema do *check and balances*, quando um dos Poderes falha, os outros pode realizar autocorreções ou correções externas. Consequentemente, na falha do Poder Legislativo o Judiciário teria a possibilidade de agir⁹⁶.

O terceiro traz as características necessárias para a escolha de um Ministro do STF, previstas na Constituição, como suficientes para lhes dar legitimidade para normatizar condutas⁹⁷.

O quarto afirma que os cidadãos elegem diretamente pelo voto os senadores. Esses ao fazerem a sabatina dos prováveis Ministros permitem a participação popular na escolha, ainda que indiretamente⁹⁸.

O quinto, de maneira análoga ao anterior, permite a participação popular indireta na escolha dos Ministros uma vez que o chefe do Executivo é escolhido pelo voto popular⁹⁹.

O sexto prevê que cabe ao Poder Legislativo a decisão final sobre a permanência dos Ministros através do *impeachment* o que garante o controle democrático dos membros¹⁰⁰.

O sétimo elenca o *amicus curiae* como uma forma de intervenção popular no controle de constitucionalidade de leis que auxiliam na democracia¹⁰¹.

O oitavo demonstra a importância que tanto as audiências públicas quanto o *amicus curiae* têm para que as decisões dos Tribunais caminhem próximas aos anseios da sociedade¹⁰².

⁹⁵ JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes:** da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 118.

⁹⁶ Ibidem, p. 120.

⁹⁷ Ibidem, p. 122.

⁹⁸ Ibidem, p. 124.

⁹⁹ Ibidem, p. 125.

¹⁰⁰ Ibidem, p. 127.

¹⁰¹ Ibidem, p. 131.

¹⁰² Ibidem, p. 134.

O nono trata da importância dos legitimados, previstos na Constituição, para propor a modificação das leis através do Poder Judiciário¹⁰³.

O décimo reflete sobre a possibilidade de o legislador modificar aquilo que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal. Mas ressalta o autor, “contudo, não se pode confundir poder de legislar novamente com a realidade constitucional ditada e na mesma realidade anterior ao julgado pelo Supremo Tribunal Federal, o que poderia trazer ao Poder Judiciário um mero caráter secundário, sendo isso inadmissível¹⁰⁴”.

O décimo primeiro aponta a relevância tanto da fundamentação – “meio pelo qual tanto as partes quanto os demais cidadãos podem controlar, externamente, o Poder Judiciário” – quanto a publicidade das decisões como meios que propiciam a participação popular nas decisões judiciais¹⁰⁵.

O décimo segundo trata da importância de haver um controle externo ao Poder Judiciário, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça, o qual garante a independência desse Poder¹⁰⁶.

Diante de todos esses fatos, o Supremo Tribunal Federal é o órgão do Poder Judiciário que possui legitimidade para utilizar-se de medidas estruturantes para concretizar direitos constitucionalmente previstos.

¹⁰³ JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes:** da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 136-137.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 137.

¹⁰⁵ Ibidem, p. 140-144.

¹⁰⁶ Ibidem, p. 146.

2. O CASO ROE V. WADE

Nesse segundo capítulo, será abordado um dos mais importantes casos enfrentados pela Suprema Corte norte-americana – *Roe v. Wade*.

Inicialmente, será abordado o contexto do caso em tela e, após, será analisado o voto do *Justice* Harry Blackmun, sob a ótica das medidas estruturantes.

2.1 O contexto

Conforme já apresentado anteriormente, a década de 60 nos Estados Unidos foi marcada por decisões que trataram principalmente de questões raciais. Já na década de 70, o foco foi dado às questões de gênero tendo culminado com o caso *Roe v. Wade*¹⁰⁷.

Fiss¹⁰⁸ destaca as mudanças paradigmáticas na sociedade norte-americana advindas após o julgamento de *Brown v Board of Education*. O autor destaca, ainda, a importância de *Roe v. Wade* no sentido da busca pela liberdade individual, embora a discussão sobre a igualdade de gênero não tenha sido devidamente fomentada.

A revolução igualitária no direito gerada por *Brown* havia começado a se mover dos negros para os pobres, mas ainda não havia alcançado as mulheres, nem mesmo no nível da ideologia. Na verdade, um banimento da discriminação em virtude do gênero foi inserido na seção de justiça no emprego da Lei dos Direitos Civis de 1964. (...). De modo decisivo, a ordem constitucional norte-americana e sua filosofia política dominante foram remodeladas por *Brown v. Board of Education* e as transformações que se seguiram. Enquanto o liberalismo do século XIX foi definido pelas reivindicações por liberdade individual e resultou numa inequívoca demanda por governo limitado, o liberalismo de hoje acolhe o valor igualdade assim como a liberdade. Ademais, o liberalismo contemporâneo reconhece o papel que o Estado pode desempenhar assegurando igualdade e por vezes mesmo a liberdade. Admitidamente, *Roe v. Wade* e sua condenação da criminalização do aborto deram nova vitalidade às reivindicações por liberdade individual, mas nunca, eu insistiria, para a exclusão da igualdade. Com efeito, como a maioria dos comentadores e um certo número de Juízes agora reconhecem, *Roe v. Wade* não é totalmente explicável como uma questão de teoria constitucional, salvo se a igualdade for levada em conta e

¹⁰⁷ BUNCHAFT, Maria Eugênia; RADKE, Rafael Wagner. **Roe v. Wade**: os pontos de vista do Constitucionalismo Democrático e do Minimalismo Judicial. In: XXIII Congresso Nacional CONPEDI-UFPA, 1ª ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2014, v. 1, p. 169.

¹⁰⁸ FISS, Owen M. **A ironia da liberdade de expressão**. Trad. Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 35-36.

as consequências que a criminalização do aborto teria sobre a condição social da mulher.

Esse é um dos mais famosos casos já tratados pela Suprema Corte norte-americana. Para se ter uma ideia da repercussão que ele possui, quando algum cidadão norte-americano é instado a elencar alguma decisão da Suprema Corte *Roe v. Wade* é oito vezes mais citado que *Brown v Board of Education*¹⁰⁹.

De acordo com Urofsky, a importância do caso *Roe v. Wade* perpassa os anos. Mesmo após os mais de 40 anos do emblemático caso, ele ainda gera controvérsias. Quando, por exemplo, um novo *Justice* é nomeado para compor a Suprema Corte, sua opinião sobre o que foi decidido é questionada e, até agora, todas as respostas apresentadas foram evasivas, sem enfrentar o cerne do julgamento¹¹⁰.

Em sua análise, acompanhando por outros doutrinadores, Legale¹¹¹ propõe uma classificação em espécie dos precedentes analisados pela Corte norte-americana, baseada nas peculiaridades dos casos. *Roe v. Wade* é tido como um superprecedente uma vez que apresenta as seguintes características: i) duração no tempo: mesmo após mais de 40 anos a decisão não foi superada, ii) aprovação das autoridades públicas, iii) desenvolvimento de uma doutrina constitucional em uma ou mais áreas e iv) é amplamente reconhecido pelas Cortes:

(i) de caráter fundacional de práticas institucionais, como *Marbury vs. Madison* que implementou o *judicial review*; (ii) de caráter fundador de uma doutrina, como o caso *Baker vs. Carr* que consolidou a doutrina que exige critérios muito severos ou praticamente a não justiciabilidade de questões políticas; e (iii) oriundos de decisões fundacionais, que na sua visão seriam superprecedentes (...), como o caso *Roe vs. Wade*.

Greenhouse e Siegel destacam que a decisão do caso não se baseou unicamente num embate entre os movimentos sociais e a Igreja Católica. Ela invadiu o campo da política. Durante a campanha presidencial de 1972, líderes do partido republicano tentavam angariar votos dos eleitores democratas – tradicionalmente católicos – utilizando-se da campanha antiaborto. Richard Nixon e seus aliados

¹⁰⁹ GREENHOUSE, Linda; SIEGEL, Reva. **Before (and after) *Roe v. Wade***: new questions about backlash. Yale: Yale Law Journal, v. 120, n. 8, 2011, p. 2028.

¹¹⁰ UROFSKY, Melvin. **Supreme decisions**: great constitutional cases and their impact. Philadelphia: Westview Press, 2012.

¹¹¹ LEGALE, Siddharta. **Superprecedente**. Rev. direito GV, São Paulo, v. 12, n. 3, p. 810-845, dez. 2016.

adotaram a estratégia de o relacionar como candidato conservador, associado à preservação dos papéis e dos valores tradicionais da sociedade americana¹¹².

Nesse cenário, havia a nítida divisão de dois grupos que com suas ideais tentavam influenciar a Corte: o *pro-life* (contrário ao aborto) e o *pro-choice* (favoráveis ao aborto).

O movimento *pro-life* argumenta que a vida, mais que um direito propriamente dito, é condição necessária para a própria existência humana. Esse grupo parte da premissa que “sem vida não há pessoa; sem pessoa não há direito; logo, sem vida não há direito; sem vida não há exercício dos demais direitos”. Consequentemente, o direito à vida deveria preponderar em relação a todo e qualquer outro direito existente¹¹³.

Em contraposição, a visão do movimento *pro-choice* defende a ideia de liberdade reprodutiva das mulheres¹¹⁴. Nessa conjuntura, as mulheres não poderiam ser tratadas como “um útero a serviço da coletividade. Um meio para um fim”. Por conseguinte, “enquanto o feto não possuir viabilidade de vida extrauterina, seria uma violação da autonomia da vontade da mulher qualquer tentativa de obrigá-la a levar a gestação à conclusão”¹¹⁵.

Sarmiento e Souza Neto, destacam, ainda, que além das divergências entre o movimento *pro-life* e *pro-choice*, o debate constitucional acerca do aborto ainda persiste:

O embate entre as posições favoráveis e contrárias ao aborto – *pro-life* vs. *pro-choice* – tornou-se ainda mais acalorado, envolvendo não só a argumentação moral, religiosa e política, mas também o debate constitucional, em que amplos segmentos da sociedade se engajaram, de

¹¹² GREENHOUSE, Linda; SIEGEL, Reva. **Before (and after) *Roe v. Wade***: new questions about backlash. Yale: Yale Law Journal, v. 120, n. 8, 2011, p. 2031.

¹¹³ ROCHA, Carlos Odon Lopes da. **Contra a descriminalização do aborto**: uma reflexão crítica do art. 128, IV, do anteprojeto da reforma do Código Penal à luz da ética da alteridade. Lisboa: Revista do Instituto do Direito Brasileiro, nº 8, p. 6055-6070, 2014, p. 6063.

¹¹⁴ Em relação à liberdade reprodutiva das mulheres Ávila defende: “É importante ressaltar que a persistente desigualdade entre homens e mulheres é um impedimento para a liberdade reprodutiva e sexual das mulheres. A violência na vida cotidiana tem sido um forte mecanismo de manutenção da dominação sobre a vida sexual das mulheres. No terreno político, há uma forte reação por parte dos setores conservadores contra as propostas feministas de transformação social e cultural nesses campos. Um exemplo contundente é a reação contrária à legalização do aborto. Essa reação produz alianças entre igrejas, partidos políticos e outros setores no sentido de conter avanços no campo legal e das políticas sociais”. In: ÁVILA, Maria Betânia. **Direitos Sexuais e Reprodutivos**: desafios para as políticas de saúde. Caderno de Saúde Pública. Rio de Janeiro: Caderno de Saúde Pública, 2003, p. 467.

¹¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 364.

um lado ou do outro. Certamente, a citada decisão da Suprema Corte – até agora mantida em seus pontos essenciais – teve importantes efeitos na sociedade norte-americana, assegurando às mulheres do país o direito à interrupção de gestações indesejadas. Mas uma coisa ela seguramente não fez: não encerrou o debate constitucional sobre o aborto naquele país¹¹⁶.

Bunchaft defende o Constitucionalismo moderno como um importante meio no qual os movimentos sociais, ainda que de minorias, possa democraticamente buscar seus direitos. Pois,

um dos desafios do Constitucionalismo contemporâneo é a existência de procedimentos destinados a impossibilitar que sistemas eleitorais e elites dominantes distorçam a vontade popular, ou ainda que plebiscitos produzam resultados ilegítimos que restrinjam direitos de grupos estigmatizados, descaracterizando o valor epistêmico da democracia. A tirania majoritária é refutada pelos teóricos de um Constitucionalismo Democrático. Os tribunais são sensíveis às reivindicações dos movimentos sociais e influenciam os ramos do Poder Público com valores constitucionais¹¹⁷.

A decisão tomada pela Corte de Burger¹¹⁸ foi bastante criticada por ter adotado uma postura ativista, já que direitos não enumerados na Constituição americana foram protegidos, com base na 9ª Emenda.

A 9ª Emenda¹¹⁹ à Constituição americana estabelece que: “a enumeração nesta Constituição de certos direitos não deve ser interpretada para denegar ou depreciar outros retidos pelo povo” (*tradução nossa*).

Barboza e Kozicki¹²⁰ entendem que um dispositivo como esse é característico da Constituição de países com tradição no *common law*, uma vez que, “paralelamente aos direitos expressos e implícitos no texto constitucional, convive com a presença de direitos e princípios constitucionais inferidos das decisões judiciais e das práticas constitucionais ao longo da história”.

¹¹⁶ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira. **Notas sobre jurisdição constitucional e democracia:** a questão da 'última palavra' e alguns parâmetros de autocontenção judicial. *Quaestio Iuris*, v. 06, p. 119-161, 2013, p. 141.

¹¹⁷ BUNCHAFT, Maria Eugênia. **O “direito dos banheiros” no STF:** considerações sobre o voto do ministro Luís Roberto Barroso no RE n. 845779 com fundamento em Post, Siegel e Fraser. *Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, v. 8, p. 143-174, 2016, p. 154.

¹¹⁸ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. **O judicial review e o ativismo judicial da Suprema Corte Americana.** *Revista Espaço Jurídico*, v. 17, p. 733-751, 2016, p. 735.

¹¹⁹ “[...] *the enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people*”. Na Constituição brasileira também há esse dispositivo no artigo 5º, §2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

¹²⁰ BARBOZA, op. cit., p. 748-749.

Diante das críticas relativas à postura proativa do Poder Judiciário, duas correntes podem ser destacadas. A primeira é denominada de “minimalismo judicial” e a segunda, Constitucionalismo Democrático.

De acordo com os defensores do “minimalismo judicial”, como o Professor Cass Sunstein, as Cortes não deveriam decidir sobre “questões desnecessárias e que vão para além caso julgado”. Porque, somente assim, não só os precedentes serão respeitados, mas também o princípio do *stare decicis* além de exercerem “as denominadas “virtudes passivas”¹²¹, no que se refere ao uso construtivo do silêncio”¹²².

Em suma,

Os juízes minimalistas devem então optar por uma decisão superficial - em vez da profunda - no sentido de não resgatar argumentos e teorias abstratas, abstendo-se de invocar questões fundacionais na fundamentação. Em suma, o Minimalismo também demonstra especial preferência por decidir de maneira estreita, e não ampla. As decisões amplas transcendem as especificidades do caso decidido, enquanto que as decisões estreitas se atêm ao caso específico, sem repercussão em outros casos concretos, evitando o surgimento de regras de cunho geral. A superficialidade cristaliza-se mediante acordos parcialmente teorizados que consubstanciam a capacidade de estabelecer consensos em contextos de profundo dissenso. A estreiteza, por sua vez, se efetiva quando a Corte decide um caso com ênfase nas suas singularidades, deixando em aberto questões para serem decididas pelo processo democrático. Ao evitar considerações e argumentos amplos que se apliquem a outras situações futuras, garante-se o consenso em órgãos colegiados, resguardando-se de constrangimentos futuros¹²³.

Em contraposição ao “minimalismo judicial”, existe o Constitucionalismo Democrático defendido por Robert Post e Reva Siegel. Para esses autores, “as minorias estigmatizadas e movimentos sociais pressionam o Judiciário a interpretar a Constituição de forma juridicamente sensível às suas demandas”. Em virtude

¹²¹ Lima conceitua as virtudes passivas como: “técnicas doutrinárias que a permitem postergar a apreciação de questões problemáticas até que a sociedade tenha tido tempo para lidar com elas”. In: LIMA, Flavia Danielle Santiago. **Ativismo e Autocontenção no Supremo Tribunal Federal: uma proposta de delimitação do debate**. Tese de Doutorado da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Recife, 2013.

¹²² BUNCHAFT, Maria Eugênia; RADKE, Rafael Wagner. **Roe v. Wade**: os pontos de vista do Constitucionalismo Democrático e do Minimalismo Judicial. In: XXIII Congresso Nacional CONPEDI-UFPE, 1ª ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2014, v. 1, p. 166.

¹²³ BUNCHAFT, Maria Eugênia. **O “direito dos banheiros” no STF**: considerações sobre o voto do ministro Luís Roberto Barroso no RE n. 845779 com fundamento em Post, Siegel e Fraser. Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional, v. 8, p. 143-174, 2016, p. 154-155.

disso, “a ampliação do ativismo jurisdicional na resolução de questões morais controvertidas pode trazer efeitos positivos para uma cultura constitucional”¹²⁴.

Fiss¹²⁵ demonstra que nas sociedades liberais é possível identificar o “efeito silenciador” dos discursos das minorias.

Tal efeito seria fruto, por exemplo, do acesso diferenciado aos meios de comunicação de massa alcançado por determinados grupos hegemônicos, da pressão ou influência exercidas pelo governo sobre as empresas de comunicação, ou de preconceitos difundidos na sociedade contra determinadas categorias de pessoas, geralmente minorias. A tese é a de que, por conta de fatores econômicos ou culturais presentes na estrutura da sociedade, as manifestações expressivas de grupos hegemônicos acabam por “abafar” aquelas emanadas de estamentos menos favorecidos, condenados à invisibilidade e ao silêncio no grande debate público.

Por essa razão, caso as Cortes Supremas adotem a estratégia minimalista, ou seja – as decisões não utilizem argumentos profundos e abstratos – não se estaria perpetuando a prática de subordinação dos grupos vulneráveis, agravando o efeito silenciador dessas minorias?¹²⁶

Consoante os minimalistas, a postura ativa da Suprema Corte no caso *Roe v. Wade* teria sido o fator determinante para a ocorrência do fenômeno do *backlash*¹²⁷.

Barroso¹²⁸ conceitua o fenômeno do *backlash* como a reação da sociedade, incluindo o Poder Legislativo, frente aos avanços propostos pela Suprema Corte. O autor traz, ainda, exemplos nos quais nitidamente ocorreram esse fenômeno:

Um caso paradigmático de reação do Legislativo se deu contra o julgamento de *Furman v. Georgia*, em 1972, no qual a Suprema Corte considerou inconstitucional a pena de morte, tal como aplicada em 39 Estados da Federação. O fundamento principal era o descritério nas decisões dos júris e o impacto desproporcional sobre as minorias. Em 1976, no entanto, a maioria dos Estados havia aprovado novas leis sobre pena de morte,

¹²⁴ BUNCHAFT, Maria Eugênia; RADKE, Rafael Wagner. **Roe v. Wade**: os pontos de vista do Constitucionalismo Democrático e do Minimalismo Judicial. In: XXIII Congresso Nacional CONPEDI-UFPB, 1ª ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2014, v. 1, p. 166-167.

¹²⁵ FISS, Owen M. **A ironia da liberdade de expressão**. Trad. Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 10.

¹²⁶ BUNCHAFT, Maria Eugênia. **O “direito dos banheiros” no STF**: considerações sobre o voto do ministro Luís Roberto Barroso no RE n. 845779 com fundamento em Post, Siegel e Fraser. Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional, v. 8, p. 143-174, 2016, p. 154-156.

¹²⁷ Ibidem, p. 158.

¹²⁸ BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto**: a função representativa e majoritária das cortes constitucionais. REI - Revista Estudos Institucionais, v. 2, p. 517-546, 2017, p. 534-535.

contornando o julgado da Suprema Corte. Em *Gregg v. Georgia*, a Suprema Corte manteve a validade da nova versão da legislação penal daquele Estado. Também em *Roe v. Wade*, a célebre decisão que descriminalizou o aborto, as reações foram imensas, até hoje dividindo opiniões de maneira radical.

Nessa conjuntura, para os minimalistas a postura adotada pela Corte pode trazer “um processo de deslegitimação de si própria assim como o objetivo que ela procura promover”. Por conseguinte, eles entendem que a conduta da Corte deve refutar a ocorrência do *backlash* por se tratar de um fenômeno prejudicial à democracia¹²⁹.

Já o Constitucionalismo Democrático considera inerente ao ambiente democrático a presença de conflitos sobre os significados advindos da interpretação da Constituição¹³⁰. Nesse sentido,

A ideia fundamental não é negar a importância da Suprema Corte nesse conflito, mas sim contextualizá-lo dentro de um cenário já preexistente a ele através de um estudo sobre as raízes do conflito do aborto, mudando-se a ideia de *Roe* como uma lição ruim para uma lição mais produtiva, através do seu estudo histórico e com ele passa a ser possível entender a polarização e extremização política posterior entre os dois partidos dominantes nos Estados Unidos. A maior lição deixada por este caso não é que a adjudicação provoca inevitavelmente conflitos políticos e polarização e, portanto, deve ser evitada a todo custo, mas sim que o poder judiciário também tem uma função de extrema importância dentro dos estados e das democracias contemporâneas. Ou seja, é um debate muito mais complexo e amplo do que simplesmente tratar o “refluxo¹³¹” como um problema cuja solução se dá através de uma decisão estreita para todos os casos¹³².

Mendes entende que a relevância da decisão proferida pela Suprema Corte consiste no fato de tornar mais robustos os debates jurídicos e políticos que aconteceram. Houve após *Roe*, “um processo de diálogo com o Legislativo e a própria sociedade, no qual a Corte devolve o tema, num processo de idas e vindas, que não se esgota na possibilidade de última palavra”¹³³.

¹²⁹ BUNCHAFT, Maria Eugênia; RADKE, Rafael Wagner. ***Roe v. Wade***: os pontos de vista do Constitucionalismo Democrático e do Minimalismo Judicial. In: XXIII Congresso Nacional CONPEDI-UFPB, 1ª ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2014, v. 1, p. 168-169.

¹³⁰ Ibidem, p. 169.

¹³¹ As autoras traduziram a expressão *backlash* para o português como refluxo.

¹³² Ibidem, p. 178.

¹³³ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. Tese Doutorado em Ciência Política – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008, p. 134-135.

Os grupos¹³⁴ que se opõem à decisão de *Roe v. Wade* não se deram por vencidos. Longe disso, até hoje existe uma forte pressão para reverter a posição adotada pela Corte.

O Partido Republicano¹³⁵, que é contrário à decisão, sempre trouxe a reversão como pauta de sua agenda política. Todos os Presidentes eleitos pelo partido vêm tentando escolher *Justices* para a Suprema Corte comprometidos com a rejeição ao referido precedente¹³⁶.

2.2 Análise do voto

No ano de 1971, Norma McCorvey, mais conhecida pelo pseudônimo Jane Roe, aos 21 anos, grávida e solteira, representada por suas advogadas Linda Coffee e Sarah Weddington, procurou o Poder Judiciário para postular o direito de interromper sua gravidez¹³⁷.

O médico licenciado James Hubert Hallford, requereu a intervenção nos autos promovido por McCorvey, pois ele havia sido preso por violar a legislação texana que proibia o aborto e havia dois processos pendentes de julgamento sobre o mesmo motivo. O Tribunal deferiu o requerimento de Hallford para intervir como terceiro interessado¹³⁸.

Além de Hallford, um casal sem filhos, os Does, também questionava a constitucionalidade da lei texana. O casal afirmava se sentir prejudicado pela

¹³⁴ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira. **Notas sobre jurisdição constitucional e democracia**: a questão da 'última palavra' e alguns parâmetros de autocontenção judicial. *Quaestio Iuris*, v. 06, p. 119-161, 2013, p. 141.

¹³⁵ O atual Presidente norte-americano, Donald Trump, do Partido Republicano, por diversas vezes já se posicionou contra ao aborto. Podemos elencar algumas notícias que tiveram destaque, disponíveis em: <<http://www.dn.pt/mundo/interior/trumpdiz-quesupremo-tribunal-vai-ter-juizes-contra-o-aborto-e-pro-armas-5496478.html>> e

<http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/mundo/2017/01/31/interna_mundo,569652/direito-ao-aborto-esta-sob-ameaca-nos-eua-apos-44-anos.shtml> Acesso em: 13 jul. 2017.

¹³⁶ O Presidente Trump elegeu Neil Gorsuch que é “visto no meio jurídico americano como um intérprete da leitura fiel da Constituição como uma forma para resolver questões polêmicas”. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2017-01/trump-escolhe-novo-juiz-e-suprema-corte-dos-eua-fica-mais-conservadora>> Acesso em: 13 jul. 2017.

¹³⁷ **ROE v. WADE**, 410 U.S. 113 (1973). Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/410/113.html>>. Acesso: 13 jun. 2017.

¹³⁸ **ROE v. WADE**, 410 U.S. 113 (1973). Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/410/113.html>>. Acesso: 13 jun. 2017.

possibilidade de falha dos métodos contraceptivos, pelo despreparo da paternidade e pelo prejuízo que a legislação trazia à saúde da mulher¹³⁹.

É relevante destacar que no ano anterior à *Roe*, o aborto, apenas na modalidade terapêutica, era permitido em quatro estados norte-americanos – Nova Iorque, Colorado, Carolina do Norte e Califórnia. Morais¹⁴⁰ adverte que:

Mesmo essas leis somente admitiam o aborto, observada a combinação de algumas limitações: quando fosse necessário à “proteção da saúde da mulher” – expressão muito imprecisa e que foi muito questionada; que o procedimento fosse aprovado por um comitê de médicos-especialistas; que fosse aprovado por um psiquiatra; a exigência de que fosse observado determinado período da gestação para requerimento do aborto – geralmente até os seis primeiros meses; que houvesse consenso entre os pais, e; que houvesse previsão na lei estatal que consentisse o procedimento. Esses requisitos, de estado para estado, eram combinados e até, um ou outro dispensado, mas, em geral, todos são citados por pesquisadores e estudiosos da área como as condições encontradas em leis da época para se obter um aborto legal, regular, seguro.

O processo foi iniciado com o objetivo de revogar os artigos 1.191, 1.1094 e 1.196 do Código Penal do Texas. Em tal legislação, havia a tipificação do aborto ou da tentativa de abortar, sendo que havia a excludente de ilicitude quando o aborto fosse o único meio para salvar a vida da mãe. Na inicial, McCorvey alegou que sua gravidez era resultado de um estupro¹⁴¹ e utilizando-se de uma *injunction*, requereu a declaração da inconstitucionalidade da lei texana que proibia o aborto¹⁴².

McCorvey desejava interromper precoce e voluntariamente a continuidade de sua gravidez utilizando para tal fim do procedimento do aborto “feito por um médico competente e licenciado, em condições e clínicas seguras”¹⁴³ (*Tradução nossa*). Em sustentação à sua tese de inconstitucionalidade, ela alegou que o estatuto texano – que apenas previa a hipótese do aborto nos casos de risco à vida da mulher – “violava seu direito à privacidade, protegido pelas 1ª, 4ª, 5ª, 9ª e 14ª

¹³⁹ **ROE v. WADE**, 410 U.S. 113 (1973). Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/410/113.html>>. Acesso: 13 jun. 2017.

¹⁴⁰ MORAIS, Graziela Ramalho Galdino de. *Roe versus Wade: uma perspectiva bioética da decisão judicial destinada a resolver um conflito entre estranhos morais*. Trabalho de Conclusão de Curso do Centro Universitário de Brasília, 2007, p. 8.

¹⁴¹ Anos após o julgamento, McCorvey admitiu que havia mentido sobre ter sofrido o estupro. Informação disponível em: <<http://casaprovidami.com.br/de-pro-aborto-a-pro-vida-norma-mccorvey-ou-jane-roe-que-legalizou-o-aborto-nos-eua>>. Acesso em: 13 jun. 2017.

¹⁴² MORAIS, op. cit., p. 10.

¹⁴³ “Performed by a competent, licensed physician, under safe clinical conditions”. In **ROE v. WADE**, 410 U.S. 113 (1973). Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/410/113.html>>. Acesso: 13 jun. 2017.

Emendas. E, por um adendo à sua reclamação, propôs o processo “em seu nome e em nome de todas as mulheres em situação semelhante”¹⁴⁴ (*Tradução nossa*).

Já o estado do Texas, em sua defesa, alegou que suas leis protegiam tanto o feto quanto o direito do devido processo, nos termos da 14ª emenda¹⁴⁵. Alternativamente, sustentou que o estado tinha o interesse em proteger a vida, e esta teria início desde a concepção. O estado também defendeu que o direito à privacidade teria limites, e não cobriria o infanticídio, incesto ou, no caso, o aborto¹⁴⁶.

A Corte manifestou-se no sentido de que, nos casos que se envolvessem questões constitucionais relativas à gravidez, a competência da Corte permaneceria como uma exceção à regra. Uma vez que a demora na prestação jurisdicional ultrapassaria o período gestacional e, casos como esses, nunca chegariam a uma decisão final – o que seria perda de tempo e energia para todos os interessados¹⁴⁷.

Durante o desenrolar do processo, houve uma grande procura de instituições que se interessavam pelo desfecho da controvérsia para atuar na figura do *Amicus Curiae*¹⁴⁸. Para Moraes todo esse interesse não é motivo de surpresa uma vez que:

¹⁴⁴ “*Abridged her right of personal privacy, protected by the First, Fourth, Fifth, Ninth, and Fourteenth Amendments. By an amendment to her complaint Roe purported to sue “on behalf of herself and all other women” similarly situated*”. In: **ROE v. WADE**, 410 U.S. 113 (1973). Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/410/113.html>>. Acesso: 13 jun. 2017.

¹⁴⁵ A 14ª Emenda da Constituição norte-americana preceitua que: “*nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without the due process of law*”. No entanto, para a compreensão da tese levantada pelo Estado do Texas, devemos ressaltar que se trata do devido processo legal substantivo.

¹⁴⁶ **ROE v. WADE**, 410 U.S. 113 (1973). Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/410/113.html>>. Acesso: 13 jun. 2017.

¹⁴⁷ *It might have been preferable if the defendant, pursuant to our Rule 20, had presented to us a petition for certiorari before judgment in the Court of Appeals with respect to the granting of the plaintiffs' prayer for declaratory relief. Our decisions in Mitchell v. Donovan, 398 U.S. 427 (1970), and Gunn v. University Committee, 399 U.S. 383 (1970), are to the effect that 1253 does not authorize an appeal to this Court from the grant or denial of declaratory relief alone. We conclude, nevertheless, that those decisions do not foreclose our review of both the injunctive and the declaratory aspects of a case of this kind when it is properly here, as this one is, on appeal under 1253 from specific denial of injunctive relief, and the arguments as to both aspects are necessarily identical. See Carter v. Jury Comm'n, 396 U.S. 320 (1970); Florida Lime Growers v. Jacobsen, 362 U.S. 73, 80 -81 (1960). It would be destructive of time and energy for all concerned were we to rule otherwise.*

¹⁴⁸ Na figura de *amicus curiae* atuaram: Gary K. Nelson, procurador-geral do estado do Arizona; Robert K. Killian, procurador-geral do estado de Connecticut; Ed W. Hancock, procurador-geral do estado de Kentucky; Clarence A. H. Meyer, procurador-geral do estado de Nebraska, e; Vernon B. Romney, procurador-geral do estado de Utah. Entre as instituições, entidades e movimentos sociais: Joseph P. Witherspoon, Jr., pela Associação da Diocese do Texas; Charles E. Rice, pelo grupo “Americanos Unidos pela Vida”; Eugene J. McMahon, pelo grupo “Mulheres pelos não-nascidos”; Carol Ryan, pela Faculdade Americana de Obstetrícia e Ginecologia; Dennis J. Horan, Jerome A. Frazel, Jr., Thomas M. Crisham e Dolores V. Horan, pelo Conselho de Médicos, Professores e Estudantes da Faculdade Americana de Obstetrícia e Ginecologia; Harriet F. Pilpel, Nancy F. Wechsler e Frederic S. Nathan, pela Federação de Planejamento Familiar da América; Alan F.

A controvérsia sobre o aborto é, entre os temas analisados pela Bioética, aquele sobre o qual mais se debate. Acerca do aborto, discussões infundáveis se estabelecem entre pessoas e entidades com posições morais distintas, trazendo à baila argumentos filosóficos, científicos, políticos, religiosos e jurídicos que, na maioria das vezes, não conseguem dialogar entre si, “uma vez que a paixão argumentativa é a tônica dos escritos [argumentos] sobre a questão [aborto]”. Vê-se, portanto, que não foram poucas as vozes interessadas em levar sua perspectiva ao Tribunal, o que confirma, em último caso, a dimensão da pluralidade de opiniões e posições assumidas por diversos e distintos grupos sociais¹⁴⁹.

O *Justice* Harry Blackmun, em seu voto, reconheceu o direito pleiteado por McCorvey, declarando a incompatibilidade da legislação estadual¹⁵⁰ com a Constituição americana, notadamente com os direitos ao devido processo legal e à privacidade. A ementa do voto de Blackmun foi a seguinte¹⁵¹:

1. O estatuto criminal do aborto no estado do Texas, que exclui a ilicitude da prática somente quando o procedimento deva ser feito para salvar a vida da mãe, sem considerar o estágio da gravidez nem reconhecer os outros interesses envolvidos, viola a cláusula do devido processo prevista na 14ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos.

a) até o primeiro trimestre de gestação, a decisão de abortar e a escolha do procedimento pelo qual será realizado o aborto devem ser deixados ao livre julgamento da mulher grávida e do médico que a atender.

Charles, pelo Programa Nacional Legal sobre os Problemas de Saúde dos Pobres; Martie L. Thompson, pela Associação de Comunidades Assistenciais do Estado; Alfred L. Scanlan, Martin J. Flynn e Robert M. Byrn, pela Comunidade Nacional do Direito à Vida; Helen L. Buttenwieser,, pela União Americana de Ética; Norma G. Zarky pela Associação Americana da Universidade da Mulher; Nancy Stearns, pelo grupo “Novas Mulheres Advogadas”; o Comitê da Califórnia para Legalizar o Aborto; e Robert E. Dunne, por Robert L. Sassone.

¹⁴⁹ MORAIS, Graziela Ramalho Galdino de. **Roe versus Wade**: uma perspectiva bioética da decisão judicial destinada a resolver um conflito entre estranhos morais. Trabalho de Conclusão de Curso do Centro Universitário de Brasília, 2007, p. 16.

¹⁵⁰ *State criminal abortion laws, like those involved here, that except from criminality only a life-saving procedure on the mother's behalf without regard to the stage of her pregnancy and other interests involved violate the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment, which protects against state action the right to privacy, including a woman's qualified right to terminate her pregnancy. Though the State cannot override that right, it has legitimate interests in protecting both the pregnant woman's health and the potentiality of human life, each of which interests grows and reaches a "compelling" point at various stages of the woman's approach to term.* In: **ROE v. WADE**, 410 U.S. 113 (1973). Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/410/113.html>>. Acesso: 13 jun. 2017.

¹⁵¹ *To summarize and to repeat: 1. A state criminal abortion statute of the current Texas type, that excepts from criminality only a life-saving procedure on behalf of the mother, without regard to pregnancy stage and without recognition of the other interests involved, is violative of the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment. (a) For the stage prior to approximately the end of the first trimester, the abortion decision and its effectuation must be left to the medical judgment of the pregnant woman's attending physician. (b) For the stage subsequent to approximately the end of the first trimester, the State, in promoting its interest in the health of the mother, may, if it chooses, regulate the abortion procedure in ways that are reasonably related to maternal health. (c) For the stage subsequent to viability, the State in promoting its interest in the potentiality of human life [410 U.S. 113, 165] may, if it chooses, regulate, and even proscribe, abortion except where it is necessary, in appropriate medical judgment, for the preservation of the life or health of the mother.* In: **ROE v. WADE**, 410 U.S. 113 (1973). Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/410/113.html>>. Acesso: 13 jun. 2017.

- b) para o estágio subsequente ao primeiro trimestre, o Estado, em razão de garantir a saúde maternal, pode intervir na decisão quanto ao procedimento mais seguro a ser adotado.
- c) após a viabilidade do feto, o Estado pode, em razão de seu interesse em proteger a potencialidade da vida humana [410 ESTADOS UNIDOS 113, 165], se assim achar conveniente, regular, e mesmo proscrever o aborto a não ser que o procedimento seja necessário, segundo um julgamento médico apropriado, para a preservação da vida ou da saúde da mãe. (*Tradução nossa*).

Blackmun fundamentou o direito à privacidade – não previsto expressamente no texto constitucional – em *Griswold v. Connecticut*¹⁵². Esse direito “abrangeria a decisão da mulher quanto à interrupção da gravidez e que os estados não poderiam criminalizar indistintamente a prática do aborto”¹⁵³.

Camarão e Bello Filho destacam a importância de *Griswold* já que:

a Suprema Corte reconheceu pela primeira vez a existência de um direito à privacidade (direito de ficar ou estar sozinho – “*right to be let alone*”), entendendo inconstitucional lei estadual que proibia o uso de métodos contraceptivos. Naquele julgamento, a posição inicial era a da existência de um direito de associação (1ª emenda) entre marido e mulher, sendo posteriormente reconhecido o direito à privacidade, que foi inserido no *Bill of Rights*¹⁵⁴.

Barboza e Mello apontam que a Corte, para permitir a prática do aborto, aplicou a prática de precedentes. Os precedentes indicavam que todas as pessoas possuem o direito constitucional fundamental de controlar a sua vontade de procriação, portanto, não caberia aos estados proibirem as vendas de métodos contraceptivos¹⁵⁵.

¹⁵² No caso *Griswold v. Connecticut*, a Suprema Corte concluiu que: “Vários casos criam zonas de privacidade. O direito de associação contido na penumbra da Primeira Emenda é uma, como vimos. A Terceira Emenda, em sua proibição contra o aquartelamento de soldados em qualquer casa sem o consentimento do dono, em tempo de paz, é outra faceta de tal privacidade. A Quarta Emenda explicitamente afirma o ‘direito das pessoas de estar seguro em sua pessoa, casa, papéis e efeitos, contra buscas e apreensões não razoáveis’. A Quinta Emenda em sua Cláusula de Autoincriminação autoriza ao cidadão que crie uma zona de privacidade da qual o governo não pode obrigá-lo a abrir mão em seu detrimento. A Nona Emenda dispõe: ‘A enumeração na Constituição de certos direitos não deve ser interpretada de modo a negar ou depreciar outros detidos pelos indivíduos’”. (*Tradução nossa*). In: **Griswold v. Connecticut**, 381 U.S. 479 (1965). Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/381/479.html>>. Acesso em: 13 jun. 2017.

¹⁵³ CAMARÃO, Felipe Costa; BELLO FILHO, Ney de Barros. **A superação de paradigmas: a Suprema Corte americana após a década de 30 do século XX**. In: XXIII Congresso Nacional CONPEDI-UFPB, 1ª ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2014, v. 1, p. 86.

¹⁵⁴ Ibidem, p. 86-87.

¹⁵⁵ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; MELLO, Luciana Ferreira. **Paralelo entre os precedentes dos Estados Unidos - análise da decisão *Roe vs Wade*, e o instituto da eficácia transcendente dos motivos determinantes no Brasil**. Revista do Direito da UNISC, v. 2, n. 46, p. 86-103, maio/ago. 2015, p. 93.

Durante o julgamento, vários representantes dos grupos *pro-life* e *pro-choice* apresentaram as defesas dos seus pontos de vista. Ocorre que, ao longo dos debates, era nítida a divergência entre os especialistas em relação ao momento de início da vida. Nesse cenário, Blackmun concluiu¹⁵⁶ que:

Nós não precisamos resolver a difícil questão de quando começa a vida. Quando especialistas em suas respectivas disciplinas a exemplo da medicina, filosofia e teologia são incapazes de chegar a um consenso, o judiciário, nesta etapa de desenvolvimento do conhecimento humano, não está em posição de especular sobre uma resposta definitiva. Deve ser suficiente reconhecer, brevemente, que há larga divergência de pensamento sobre essa sensível e complicada questão. (*Tradução nossa*)

Em sua análise, Dworkin aponta que a questão crucial sobre o caso *Roe v. Wade* não residia no apontamento de quando a vida se inicia, mas no fato de os fetos serem ou não pessoas protegidas pela Constituição:

não é uma questão metafísica sobre o conceito de pessoa nem uma questão teológica sobre a existência da alma do feto, mas sim uma questão jurídica acerca da correta interpretação da Constituição, questão essa que, em nosso sistema jurídico, tem que ser resolvida de um jeito pelo judiciário, pela Suprema Corte, e não politicamente. **Trata-se da questão de saber se o feto é uma pessoa constitucional**, ou seja, uma pessoa cujos direitos e interesses têm que ser considerados tão importantes quanto os de outras pessoas no esquema de direitos individuais estabelecido pela Constituição. Não há incoerência alguma em pensar, que um feto é tão ser humano quanto um adulto, e que mesmo assim a Constituição, não garante ao feto os mesmos direitos que garante a outras pessoas¹⁵⁷. (*grifo nosso*)

Nesse sentido, o *Justice* Blackmun decidiu, em sua interpretação constitucional, que os fetos não são reconhecidos pela legislação como pessoa em seu sentido completo:

A Constituição não define “pessoa” exatamente. A Seção 1 da Décima Quarta Emenda contém três referências ao termo “pessoa”. O primeiro, significando “cidadãos”, que seriam “aquelas pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos”. A palavra também aparece nas Cláusulas do Devido Processo e de Igual Proteção. “Pessoa” é usada em outros locais da Constituição também [...]. Mas, em todas as suas aparições no texto constitucional, a palavra é usada com aplicação unicamente à vida pós-natal. Nada indica que seja possível sua aplicação à vida pré-natal. [...]

¹⁵⁶ *We need not resolve the difficult question of when life begins. When those trained in the respective disciplines of medicine, philosophy, and theology are unable to arrive at any consensus, the judiciary, at this point in the development of man's knowledge, is not in a position to speculate as to the answer. It should be sufficient to note briefly the wide divergence of thinking on this most sensitive and difficult question.* In: **ROE v. WADE**, 410 U.S. 113 (1973). Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/410/113.html>>. Acesso: 13 jun. 2017.

¹⁵⁷ DWORKIN, Ronald. **O direito de Liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 73.

Em síntese, o 'não-nascido' nunca foi reconhecido pela lei como pessoa em seu sentido completo¹⁵⁸. (*Tradução nossa*)

Bunchaft e Radke entendem que a Suprema Corte

alcançou um ponto de equilíbrio razoável entre duas concepções filosóficas fundamentais envolvidas na questão do aborto, qual seja, o respeito à vida humana e à igualdade das mulheres efetivada por meio do princípio da autodeterminação reprodutiva. Outrossim, pela análise desse caso emblemático, percebemos que efetivamente - por meio da mediação no diálogo público - a arena constitucional pode funcionar como um cenário simbólico de lutas por reconhecimento, refletindo-se nos processos por meio dos quais os indivíduos tematizam publicamente suas aspirações normativas, de forma que os diferentes movimentos sociais e minorias insulares passam a delinear interpretações constitucionais, que serão administradas judicialmente com base em argumentos jurídicos racionais¹⁵⁹.

Barroso¹⁶⁰ entende plausível a classificação de *Roe* como um caso envolvendo a igualdade de gênero, em que pese o fato de em nenhum momento o tema ter sido diretamente abordado. Para o autor, como são as mulheres que sofrem as principais consequências da gestação indesejada a decisão traz uma “inestimável conquista para a liberdade das mulheres”.

Mas Blackmun¹⁶¹ também enfatiza as consequências (sem propor medidas de igualdade de gênero) que as mulheres poderiam vir a sofrer caso mantivessem a gravidez indesejada:

¹⁵⁸ *The Constitution does not define “person” in so many words. Section 1 of the Fourteenth Amendment contains three references to “person.” The first, in defining “citizens,” speaks of “persons born or naturalized in the United States.” The word also appears both in the Due Process Clause and in the Equal Protection Clause. “Person” is used in other places in the Constitution: in the listing of qualifications for Representatives and Senators, Art. I, 2, cl. 2, and 3, cl. 3; in the Apportionment Clause, Art. I, 2, cl. 3; 53 in the Migration and Importation provision, Art. I, 9, cl. 1; in the Emolument Clause, Art. I, 9, cl. 8; in the Electors provisions, Art. II, 1, cl. 2, and the superseded cl. 3; in the provision outlining qualifications for the office of President, Art. II, 1, cl. 5; in the Extradition provisions, Art. IV, 2, cl. 2, and the superseded Fugitive Slave Clause 3; and in the Fifth, Twelfth, and Twenty-second Amendments, as well as in 2 and 3 of the Fourteenth Amendment. But in nearly all these instances, the use of the word is such that it has application only postnatally. None indicates, with any assurance, that it has any possible pre-natal application. In short, the unborn have never been recognized in the law as persons in the whole sense.* In: **ROE v. WADE**, 410 U.S. 113 (1973). Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/410/113.html>>. Acesso: 13 jun. 2017.

¹⁵⁹ BUNCHAFT, Maria Eugênia; RADKE, Rafael Wagner. **Roe v. Wade**: os pontos de vista do Constitucionalismo Democrático e do Minimalismo Judicial. In: XXIII Congresso Nacional CONPEDI-UFPB, 1ª ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2014, v. 1, p. 179-180.

¹⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. **A americanização do direito constitucional e seus paradoxos**: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. Porto Alegre: Interesse Público, v.12, n.59, p. 13-55, jan./fev. 2010, p. 23.

¹⁶¹ *The detriment that the State would impose upon the pregnant woman by denying this choice altogether is apparent. Specific and direct harm medically diagnosable even in early pregnancy may be involved. Maternity, or additional offspring, may force upon the woman a distressful life and future. Psychological harm may be imminent. Mental and physical health may be taxed by childcare. There is*

O mal que o Estado iria impor a uma mulher grávida por negar-lhe em absoluto a escolha é evidente. Um dano direto e específico, diagnosticável por um médico no início da gravidez pode estar envolvido. A maternidade, ou uma nova criança pode forçar a mulher um doloroso sofrimento em sua vida e seu futuro. Danos psicológicos podem ser iminentes. Sua saúde física e mental pode ser afetada pela criação de uma criança. Isso também é um sofrimento, um dano, a todos aqueles que convivem com a mulher e irão se relacionar com uma criança não desejada por ela, e há um sério problema em levar uma criança a uma família que a rejeitou desde o início ou, psicologicamente, ainda não estava preparada para recebê-la. Em outros casos, como o caso apresentado a esta Corte, outras dificuldades e o estigma de mãe solteira podem estar envolvidos. (*Tradução nossa*)

Justice Blackmun ponderou em seu voto que o direito à privacidade envolvido, ou seja, relacionado a decisão de abortar, não poderia ser considerado absoluto. Ele não concorda com o fato de que a decisão da gestante somente afete a ela mesma e, por isso, há de se admitir o interesse estatal sob duas vertentes:

- 1) o Estado tem interesse legítimo na fiscalização das práticas abortivas, como o tem em qualquer outro procedimento médico-cirúrgico, a fim de garantir que a performance médica se dê em condições de máxima segurança a paciente;
- 2) o Estado teria o interesse em proteger a vida pré-natal, em razão de um motivo convincente à sua intervenção (*compelling state interest*), quando o feto se torna viável, ou seja, significativamente, capaz de sobreviver fora do útero da mãe (3º trimestre). Nesse estágio da gravidez, a Corte admite que a regulamentação estatal poderia mesmo proibir o aborto, exceto quando o procedimento fosse necessário para preservar a vida da mãe¹⁶².

Moro¹⁶³ apresenta evidências empíricas que influenciariam no interesse estatal pela proteção da saúde da mulher, variando ao longo da gestação:

antes deste período (terceiro trimestre), as estatísticas demonstravam que a mortalidade presente na prática abortiva era inferior à mortalidade decorrente de partos normais. Portanto, só a partir do primeiro trimestre o Estado poderia estabelecer exigências médicas especiais para a prática do aborto, mas apenas com o fim de proteção à saúde da mulher, exigindo, por exemplo, qualificações especiais para o profissional responsável pela operação médica.

also the distress, for all concerned, associated with the unwanted child, and there is the problem of bringing a child into a family already unable, psychologically and otherwise, to care for it. In other cases, as in this one, the additional difficulties and continuing stigma of unwed motherhood may be involved. ROE v. WADE, 410 U.S. 113 (1973). Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/410/113.html>>. Acesso: 13 jun. 2017.

¹⁶² MORAIS, Graziela Ramalho Galdino de. *Roe versus Wade*: uma perspectiva bioética da decisão judicial destinada a resolver um conflito entre estranhos morais. Trabalho de Conclusão de Curso do Centro Universitário de Brasília, 2007, p. 51.

¹⁶³ MORO, Sergio Fernando. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 42.

O *compelling point* para haver o interesse estatal na proteção à vida do feto ocorreria:

somente a partir de sua "viabilidade", ou seja, após vinte e oito semanas, quando a vida do feto fora do útero toma-se viável. A partir deste ponto, seria lícita, inclusive, a proibição total da prática do aborto, salvo quando ele fosse necessário para preservar a vida e a saúde da mãe¹⁶⁴.

Em outras palavras, a sentença de Blackmun reafirmou que os estados não podem limitar as liberdades individuais, consideradas direitos fundamentais das pessoas – mesmo que por lei infraconstitucional elaborada pelo poder legislativo competente – senão por motivo suficientemente forte a impor sua intervenção e somente para alcançar fins que possam legitimamente perseguir¹⁶⁵.

Ao longo do voto do *Justice* Blackmun, com toda a construção argumentativa para que o aborto fosse permitido, é possível notar a preocupação sobre como esse novo direito seria efetivamente exercido.

O Estado possui o interesse que esse procedimento seja realizado por pessoal capacitado, com clínicas bem equipadas que sejam capazes de bem atender às pacientes. Portanto,

o Estado tem um interesse legítimo em assegurar que o aborto, como qualquer outro procedimento médico, seja realizado em circunstâncias que assegurem a máxima segurança para o paciente. Este interesse, obviamente, se estende pelo menos ao médico executivo e sua equipe, às instalações envolvidas, à disponibilidade de assistência pós-atendimento e a provisão adequada para qualquer complicação ou emergência que possa surgir. A prevalência de altas taxas de mortalidade em clínicas ilegais fortalece, em vez de enfraquecer, o interesse do Estado em regular as condições em que os abortos são realizados¹⁶⁶. (*Tradução nossa*)

¹⁶⁴ MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 42.

¹⁶⁵ MORAIS, Graziela Ramalho Galdino de. **Roe versus Wade: uma perspectiva bioética da decisão judicial destinada a resolver um conflito entre estranhos morais**. Trabalho de Conclusão de Curso do Centro Universitário de Brasília, 2007, p. 45.

¹⁶⁶ *The State has a legitimate interest in seeing to it that abortion, like any other medical procedure, is performed under circumstances that insure maximum safety for the patient. This interest obviously extends at least to the performing physician and his staff, to the facilities involved, to the availability of after-care, and to adequate provision for any complication or emergency that might arise. The prevalence of high mortality rates at illegal "abortion mills" strengthens, rather than weakens, the State's interest in regulating the conditions under which abortions are performed. Moreover, the risk to the woman increases as her pregnancy continues. Thus, the State retains a definite interest in protecting the woman's own health and safety when an abortion is proposed at a late stage of pregnancy.* **ROE v. WADE**, 410 U.S. 113 (1973). Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/410/113.html>>. Acesso: 13 jun. 2017.

Em outra passagem, o *Justice* traz mecanismos de regulação estatal que poderiam ser utilizados para garantir a segurança do procedimento:

Exemplos de regulação estatal admissível nesta área são requisitos quanto às qualificações da pessoa que deve realizar o aborto; quanto ao licenciamento dessa pessoa; quanto à facilidade em que o procedimento deve ser realizado, ou seja, se deve ser um hospital ou pode ser uma clínica ou algum outro local de status inferior ao hospital; quanto ao licenciamento da instalação; e similar¹⁶⁷. (*Tradução nossa*)

Assim, quando o *Justice* Blackmun assumiu uma postura de protagonista na resolução do conflito gerado sobre a possibilidade de uma mulher abortar ou não, ele deu uma nova significação constitucional aos valores públicos.

O fato de ele ter modulado os períodos em que o interesse estatal na proteção do feto aumentaria, também, pode ser analisado como uma medida para efetivar a decisão judicial. Pois, se o aborto fosse permitido desde o primeiro até o último dia da gestação, sem restrições, a aceitação social seria menor¹⁶⁸.

Ele também buscou dar efetividade ao que foi decidido, para alcançar esse objetivo houve a demonstração da necessidade de reorganizar as instituições envolvidas para extirpar as ameaças advindas do *status quo*, através das medidas estruturantes.

¹⁶⁷ *Examples of permissible state regulation in this area are requirements as to the qualifications of the person who is to perform the abortion; as to the licensure of that person; as to the facility in which the procedure is to be performed, that is, whether it must be a hospital or may be a clinic or some other place of less-than-hospital status; as to the licensing of the facility; and the like. ROE v. WADE*, 410 U.S. 113 (1973). Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/410/113.html>>. Acesso: 13 jun. 2017.

¹⁶⁸ JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes**: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 178.

3. O CASO BRASILEIRO – *HABEAS CORPUS* 124.306/RJ/STF¹⁶⁹

Nesse terceiro capítulo, será analisado o voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso, sob a ótica das medidas estruturantes.

3.1 Análise do voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso

Nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal enfrentou dois casos envolvendo direitos fundamentais relacionados à vida humana.

O primeiro refere-se à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510 do Distrito Federal¹⁷⁰. Nele, decidiu-se que as pesquisas com células-tronco embrionárias não violam o direito à vida, tampouco a dignidade da pessoa humana.

O segundo refere-se à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 do Distrito Federal¹⁷¹. Foi declarada a inconstitucionalidade da tipificação do crime de aborto – dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal – no caso de fetos anencéfalos.

Após essas decisões, no dia 29 de novembro de 2016, caberia à 1ª Turma do Supremo Tribunal julgar o mérito do *habeas corpus* 124.306, mas, conforme as palavras do Ministro Luís Roberto Barroso, diante da “delicadeza da matéria”, a análise do caso, não se restringiu apenas sobre a manutenção ou não da liberdade dos envolvidos.

No dia 14/03/2013, os pacientes dos autos, que mantinham uma clínica de aborto na cidade de Duque de Caxias/RJ, foram presos em flagrante devido à suposta prática dos crimes descritos nos artigos 126¹⁷² (aborto) e 288¹⁷³ (formação

¹⁶⁹ **HABEAS CORPUS 124.306 RIO DE JANEIRO.** Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em 10 jun. 2017.

¹⁷⁰ **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.510 DISTRITO FEDERAL.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em 10 jun. 2017.

¹⁷¹ **ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54 DISTRITO FEDERAL.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em 10 jun. 2017.

¹⁷² Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos. Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

¹⁷³ Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: Pena: reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

de quadrilha) do Código Penal, em concurso material¹⁷⁴ por quatro vezes, por terem provocado aborto na gestante/denunciada com o consentimento desta.

No dia 21/03/2013, o Juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias/RJ concedeu a liberdade provisória aos pacientes. Ocorre que o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, por meio de um Recurso em Sentido Estrito, pediu para que fosse decretada a prisão preventiva dos pacientes, com fundamento na garantia da ordem pública e na necessidade de assegurar a aplicação da lei penal. Então, o pedido do Ministério Público foi provido e os pacientes tiveram suas prisões preventivas decretadas pela 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Em seguida, a defesa dos pacientes impetrou o *habeas corpus* nº 290.341/RJ no Superior Tribunal de Justiça, e a relatoria ficou com a Ministra Maria Thereza de Assis Moura. O remédio constitucional não foi conhecido, uma vez que:

não é ilegal o encarceramento provisório que se funda em dados concretos a indicar a necessidade da medida cautelar, especialmente em elementos extraídos da conduta perpetrada pelos acusados, quais sejam, a gravidade concreta do delito, demonstrada pela reprovabilidade exacerbada da conduta praticada e tentativa em evadir do local dos fatos¹⁷⁵.

Já no *habeas corpus* impetrado perante o Supremo Tribunal Federal, os pacientes alegaram que não estavam presentes os requisitos para decretação de prisão preventiva, nos termos do artigo 312 do Código Processual Penal¹⁷⁶. Nessa perspectiva, eles sustentam que:

(i) os pacientes são primários, com bons antecedentes e têm trabalho e residência fixa no distrito da culpa; (ii) a custódia cautelar é desproporcional, já que eventual condenação poderá ser cumprida em regime aberto; e (iii) não houve qualquer tentativa de fuga dos pacientes durante o flagrante. Daí

¹⁷⁴ Art. 69 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela. § 1º - Na hipótese deste artigo, quando ao agente tiver sido aplicada pena privativa de liberdade, não suspensa, por um dos crimes, para os demais será incabível a substituição de que trata o art. 44 deste Código. § 2º - Quando forem aplicadas penas restritivas de direitos, o condenado cumprirá simultaneamente as que forem compatíveis entre si e sucessivamente as demais.

¹⁷⁵ **HABEAS CORPUS Nº 290.341 – RJ**. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa>>. Acesso em 10/06/2017.

¹⁷⁶ Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

o pedido de revogação da prisão preventiva, com expedição do alvará de soltura¹⁷⁷.

No dia 08/12/2014 o relator dos autos, Ministro Marco Aurélio Melo, deferiu a medida cautelar pleiteada em benefício de Edilson dos Santos (policial civil) e Rosemere Aparecida Ferreira (técnica em enfermagem). Em 27/06/2015, ele estendeu os efeitos da decisão também para Débora Dias Ferreira (motorista), Jadir Messias da Silva (taxista) e Carlos Eduardo de Souza e Pinto (médico).

O parecer da Procuradoria-Geral da República, feito pela Dra. Cláudia Sampaio Marques, opinou pelo não conhecimento do pedido e, no mérito, pela denegação da ordem e, conseqüentemente, que fosse cassada a liminar deferida aos pacientes e aos demais corréus.

Durante o julgamento, o Ministro Marco Aurélio Mello votou pelo conhecimento do *habeas corpus* e, no mérito, pelo deferimento da ordem para afastar a custódia provisória. Foi então que o Ministro Luís Roberto Barroso pediu vista antecipada dos autos para que pudesse melhor analisar a matéria.

Inicialmente, o Ministro Luís Roberto Barroso analisou sobre o cabimento do *habeas corpus* em detrimento ao Recurso Ordinário Constitucional¹⁷⁸. A princípio, o processo deveria ser extinto, sem resolução de mérito, devido à inadequação da via processual eleita, conforme a jurisprudência majoritária da Corte. Entretanto, devido à relevância da matéria, o Ministro, de ofício, examinou a possibilidade de concessão da ordem¹⁷⁹.

Em relação à manutenção da prisão preventiva, ele entende que:

¹⁷⁷ **HABEAS CORPUS 124.306 RIO DE JANEIRO.** Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em 10 jun. 2017.

¹⁷⁸ A Constituição Federal prevê que: Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) II - julgar, em recurso ordinário: a) o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;

¹⁷⁹ Inicialmente, verifico que se trata de *habeas corpus*, substitutivo do recurso ordinário constitucional, impetrado contra acórdão unânime da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça que não conheceu do HC 290.341/RJ. Nos termos da jurisprudência majoritária desta Primeira Turma (HC 109.956, Rel. Min. Marco Aurélio; HC 128.256, Rel. Min. Rosa Weber), nessa hipótese, o processo deve ser extinto, sem resolução do mérito, por inadequação da via processual. Nada obstante isso, em razão da excepcional relevância e delicadeza da matéria, passo a examinar a possibilidade de concessão da ordem de ofício. In: **HABEAS CORPUS 124.306 RIO DE JANEIRO.** Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em 10 jun. 2017.

o decreto de prisão preventiva não apontou elementos individualizados que evidenciem a necessidade da custódia cautelar ou mesmo o risco efetivo de reiteração delitiva pelos pacientes e corréus. Em verdade, a decisão limitou-se a invocar genericamente a gravidade abstrata do delito de “provocar o aborto com o consentimento da gestante” imputado, bem como a necessidade de assegurar a aplicação da lei penal ante à suposta tentativa dos pacientes de se evadirem do local dos fatos¹⁸⁰.

Nesse contexto, o Ministro avalia que “a ausência de motivação concreta já seria suficiente para afastar a custódia preventiva na hipótese, tornando definitiva a liminar implementada em favor dos pacientes e estendida aos corréus”.

Porém, ele passa a analisar outra razão que poderia também conduzir à concessão da ordem, ou seja, a inconstitucionalidade da criminalização da interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre.

Segundo o Ministro, é necessário, antes de se decretar a prisão preventiva, examinar a constitucionalidade do tipo penal imputado aos pacientes e corréus. Para que haja essa compatibilidade,

a criminalização de determinada conduta exige que esteja em jogo a proteção de um bem jurídico relevante, que o comportamento incriminado não constitua exercício legítimo de um direito fundamental e que haja proporcionalidade entre a ação praticada e a reação estatal. No caso aqui analisado, está em discussão a tipificação penal do crime de aborto voluntário nos arts. 124 a 126 do Código Penal, que punem tanto o aborto provocado pela gestante quanto por terceiros com o consentimento da gestante. O bem jurídico protegido – vida potencial do feto – é evidentemente relevante. Porém, a criminalização do aborto antes de concluído o primeiro trimestre de gestação viola diversos direitos fundamentais da mulher, além de não observar suficientemente o princípio da proporcionalidade. É o que se demonstrará a seguir¹⁸¹.

Barroso esclarece que pelo fato de o Código Penal ser do ano de 1940, ou seja, anterior à Constituição Federal de 1988, não há como se declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos apontados do Código Penal, a hipótese será de não recepção. Isto posto:

em razão da não incidência do tipo penal imputado aos pacientes e corréus à interrupção voluntária da gestação realizada nos três primeiros meses, há dúvida fundada sobre a própria existência do crime, o que afasta a presença

¹⁸⁰ **HABEAS CORPUS 124.306 RIO DE JANEIRO.** Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em 10 jun. 2017.

¹⁸¹ **HABEAS CORPUS 124.306 RIO DE JANEIRO.** Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em 10 jun. 2017.

de pressuposto indispensável à decretação da prisão preventiva, nos termos da parte final do caput do art. 312 do CPP¹⁸².

Martinelli¹⁸³ avalia, sobre esse aspecto, a decisão do Ministro Barroso:

o que se discute não é a existência do fato, e sim a sua tipicidade. O *fumus commissi delicti* é o indício de o agente ter praticado fato tipificado como crime. Dessa maneira, na decisão sobre prisão cautelar deve o magistrado reconhecer (1) a existência do fato, (2) sua tipicidade e (3) os indícios de autoria. Ter o acusado praticado o comportamento descrito na denúncia não é suficiente, uma vez que o juízo de tipicidade é essencial para a decretação da prisão. Há uma dupla valoração do *fumus commissi delicti*, quais sejam, a existência do fato enquanto fenômeno modificador da realidade (valoração fática) e o reconhecimento, pelo ordenamento jurídico, de sua tipicidade (valoração jurídica). No caso em tela, reconheceu-se a prática do fato, mas foi negado o seu caráter criminoso. Ao contrário, reconheceu-se a prática do abortamento pelos acusados, não obstante, negou-se sua ilicitude.

Martinelli critica o voto do Ministro, pois se o objetivo era apenas confirmar a manutenção da liberdade dos pacientes e dos corréus ele deveria apenas apontar a falta do *periculum libertatis*. No entanto, ao se afastar a tipicidade da conduta imputada aos agentes, caberia a ele determinar a extinção do processo pela ausência de justa causa. Assim sendo:

Se o intuito do Ministro Barroso era apenas a revogação da prisão preventiva, bastaria apontar a falta do *periculum libertatis*. Nada mais. Sequer precisaria tocar na existência de *fumus commissi delicti*, pois a prisão cautelar só é legítima quando houver seu fundamento (perigo na liberdade do acusado) e os indícios de autoria de ato ilícito. Ao entrar nos fundamentos da tipicidade do crime em questão e afirmar sua atipicidade, outra não deveria ser sua atitude que a extinção do processo pela ausência de justa causa. Além disso, se no caso concreto a fundamentação para a manutenção da prisão cautelar não fosse suficiente, esta deveria ser revogada sem a necessidade de explicar a ilicitude da conduta imputada. (...)

Em síntese, e com abertura às críticas, o voto do Ministro Barroso é bem fundamentado quanto à ausência dos requisitos da prisão cautelar. Não obstante, ao afastar a tipicidade da conduta imputada ao agente, era seu dever determinar, de ofício, a extinção do processo pela ausência de justa causa. Manter uma pessoa na condição de ré num processo em que o fato narrado seja atípico configura constrangimento ilegal, contrariando, frontalmente, a Constituição Federal. Mesmo que não se possa exercer o controle difuso de constitucionalidade por meio de habeas corpus, no caso o

¹⁸² **HABEAS CORPUS 124.306 RIO DE JANEIRO.** Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em 10 jun. 2017.

¹⁸³ MARTINELLI, João Paulo. **Considerações sobre a decisão do STF sobre o aborto.** Portal da Escola Superior de Direito Público, 2016. Disponível em: <<http://esdp.net.br/consideracoes-sobre-a-decisao-do-stf-sobre-o-aborto/>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

concreto a declaração de inconstitucionalidade do tipo penal possui efeitos¹⁸⁴.

De acordo com o Ministro, a criminalização da interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre enseja a violação de vários direitos fundamentais das mulheres, bem como é uma afronta ao princípio da proporcionalidade.

Em sua argumentação, o Ministro faz uma breve incursão histórica e teórica sobre o sistema de direitos fundamentais para justificar seu ponto de vista:

Os direitos fundamentais vinculam todos os Poderes estatais, representam uma abertura do sistema jurídico perante o sistema moral e funcionam como uma reserva mínima de justiça assegurada a todas as pessoas. Deles resultam certos deveres abstenção e de atuação por parte do Estado e da sociedade. Após a Segunda Guerra Mundial, os direitos fundamentais passaram a ser tratados como uma emanção da dignidade humana, na linha de uma das proposições do imperativo categórico kantiano: toda pessoa deve ser tratada como um fim em si mesmo, e não um meio para satisfazer interesses de outrem ou interesses coletivos. Dignidade significa, do ponto de vista subjetivo, que todo indivíduo tem valor intrínseco e autonomia. Característica essencial dos direitos fundamentais é que eles são oponíveis às maiorias políticas. Isso significa que eles funcionam como limite ao legislador e até mesmo ao poder constituinte reformador (CF, art. 60, § 4º). Além disso, são eles dotados de aplicabilidade direta e imediata, o que legitima a atuação da jurisdição constitucional para a sua proteção, tanto em caso de ação como de omissão legislativa. Direitos fundamentais estão sujeitos a limites iminentes e a restrições expressas. E podem, eventualmente, entrar em rota de colisão entre si ou com princípios constitucionais ou fins estatais. Tanto nos casos de restrição quanto nos de colisão, a solução das situações concretas deverá valer-se do princípio instrumental da razoabilidade ou proporcionalidade¹⁸⁵.

A partir dessa análise, o Ministro Barroso enumera quais seriam os direitos fundamentais das mulheres seriam violados.

O primeiro direito violado seria o da autonomia. A autonomia “corresponde ao núcleo essencial da liberdade individual, protegida pelo princípio da dignidade humana¹⁸⁶”. No caso das mulheres, esse direito se consubstancia no poder de elas controlarem os seus próprios corpos, decidindo sobre cessar ou não uma gravidez.

¹⁸⁴ MARTINELLI, João Paulo. **Considerações sobre a decisão do STF sobre o aborto**. Portal da Escola Superior de Direito Público, 2016. Disponível em: < <http://esdp.net.br/consideracoes-sobre-a-decisao-do-stf-sobre-o-aborto/>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

¹⁸⁵ **HABEAS CORPUS 124.306 RIO DE JANEIRO**. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em 10 jun. 2017.

¹⁸⁶ A Constituição Federal prevê que: Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana.

O segundo direito violado é o da integridade física e psíquica. Esse direito está previsto no artigo 5º, *caput* e inciso III¹⁸⁷.

A integridade física da mulher será abalada uma vez que é o seu corpo que “sofrerá as transformações, riscos e consequências da gestação”. Já a integridade psíquica pode sofrer danos uma vez que é “uma obrigação para toda a vida, exigindo renúncia, dedicação e comprometimento profundo com outro ser”. O Ministro, conclui: “ter um filho por determinação do Direito Penal constitui grave violação à integridade física e psíquica de uma mulher”.

O terceiro direito violado são os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres. Barroso aduz que:

o tratamento penal dado ao tema, no Brasil, pelo Código Penal de 1940, afeta a capacidade de autodeterminação reprodutiva da mulher, ao retirar dela a possibilidade de decidir, sem coerção, sobre a maternidade, sendo obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada. E mais: prejudica sua saúde reprodutiva, aumentando os índices de mortalidade materna e outras complicações relacionadas à falta de acesso à assistência de saúde adequada¹⁸⁸.

O quarto direito violado seria o da igualdade de gênero. Para o Ministro, como são as mulheres quem suportam integralmente o ônus da gravidez, apenas haverá igualdade entre os gêneros se a elas houver o reconhecimento de decidir sobre a continuidade ou não da gestação.

O quinto direito violado versa sobre a discriminação social e o impacto desproporcional sobre as mulheres pobres. O Ministro entende que:

as mulheres pobres, que não têm acesso a médicos e clínicas particulares, nem podem se valer do sistema público de saúde para realizar o procedimento abortivo. Por meio da criminalização, o Estado retira da mulher a possibilidade de submissão a um procedimento médico seguro. Não raro, mulheres pobres precisam recorrer a clínicas clandestinas sem qualquer infraestrutura médica ou a procedimentos precários e primitivos, que lhes oferecem elevados riscos de lesões, mutilações e óbito¹⁸⁹.

¹⁸⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

¹⁸⁸ **HABEAS CORPUS 124.306 RIO DE JANEIRO.** Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em 10 jun. 2017.

¹⁸⁹ **HABEAS CORPUS 124.306 RIO DE JANEIRO.** Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em 10 jun. 2017.

Destarte, conclui o Ministro, que a criminalização da interrupção da gestação no primeiro trimestre fere diversos direitos fundamentais das mulheres e ultrapassa os limites constitucionalmente aceitáveis.

Após a análise dos direitos violados das mulheres, Barroso passa a analisar a violação do princípio da proporcionalidade. Ele entende que a tipificação nesse caso apenas será plausível se:

(i) for adequada à tutela do direito à vida do feto (*adequação*); (ii) não houver outro meio que proteja igualmente esse bem jurídico e que seja menos restritivo dos direitos das mulheres (*necessidade*); e (iii) a tipificação se justificar a partir da análise de seus custos e benefícios (*proporcionalidade em sentido estrito*)¹⁹⁰.

Sobre a adequação, é necessário verificar se a criminalização protege a vida do feto e em qual medida isso ocorre. Baseando-se nos estudos do Guttmacher Institute e da Organização Mundial da Saúde, o Ministro infere que “as taxas de aborto nos países onde esse procedimento é permitido são muito semelhantes às aquelas encontradas nos países em que ele é ilegal”. Portanto, fica evidente que a criminalização da prática do aborto não é uma medida eficaz na proteção à vida do feto.

A criminalização, na realidade, traz como consequência é a “quantidade de abortos seguros e, conseqüentemente, o número de mulheres que têm complicações de saúde ou que morrem devido à realização do procedimento”. Portanto, do ponto de vista do Direito Penal, essa conduta possui “uma reprovação simbólica”, pouco eficaz para proteger a vida do feto, do ponto de vista médico é um “grave problema de saúde pública”.

Já em relação à necessidade, deve ser verificada a existência de “meio alternativo à criminalização que proteja igualmente o direito à vida do nascituro, mas que produza menor restrição aos direitos das mulheres”.

Barroso entende que a política adotada por países desenvolvidos no sentido de descriminalizar o aborto no primeiro trimestre de gestação seria uma boa alternativa. Desse modo, haveria um equilíbrio entre o direito da mulher e a proteção à vida do feto.

¹⁹⁰ **HABEAS CORPUS 124.306 RIO DE JANEIRO.** Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em 10 jun. 2017.

Em relação à proporcionalidade em sentido estrito, “é preciso verificar se as restrições aos direitos fundamentais das mulheres decorrentes da criminalização são ou não compensadas pela proteção à vida do feto”.

De acordo com o Ministro, durante o primeiro trimestre da gestação não há o desenvolvimento do córtex cerebral e não há qualquer possibilidade de o feto sobreviver fora do útero materno – assim, de modo a garantir os direitos fundamentais das mulheres, a prática não deveria ser criminalizada. Após esse período, o interesse do Estado em proteger a vida do feto aumentaria e, portanto, a criminalização seria algo viável.

Ao longo da leitura do voto-vista do Ministro Barroso, é possível verificar a similaridade da argumentação utilizada com a do *Justice* Blackmun em *Roe v. Wade*.

Assim como em *Roe*, Barroso também não quis adentrar na discussão sobre o *status* jurídico do embrião nas fases iniciais da gestação. Para ele:

não há solução jurídica para esta controvérsia. Ela dependerá sempre de uma escolha religiosa ou filosófica de cada um a respeito da vida. Porém, exista ou não vida a ser protegida, o que é fora de dúvida é que não há qualquer possibilidade de o embrião subsistir fora do útero materno nesta fase de sua formação. Ou seja: ele dependerá integralmente do corpo da mãe. Esta premissa, factualmente incontestável, está subjacente às ideias que se seguem¹⁹¹.

Tal como em *Roe*, Barroso argumenta que a proteção estatal dada ao feto aumentará conforme a gravidez progride:

É preciso reconhecer, porém, que o peso concreto do direito à vida do nascituro varia de acordo com o estágio de seu desenvolvimento na gestação. O grau de proteção constitucional ao feto é, assim, ampliado na medida em que a gestação avança e que o feto adquire viabilidade extrauterina, adquirindo progressivamente maior peso concreto.

Tanto Blackmun quanto Barroso também trazem os problemas que uma gravidez indesejada pode ocasionar na vida das mulheres. Conforme os excertos a seguir:

O mal que o Estado iria impor a uma mulher grávida por negar-lhe em absoluto a escolha é evidente. Um dano direto e específico,

¹⁹¹ **HABEAS CORPUS 124.306 RIO DE JANEIRO.** Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em 10 jun. 2017.

diagnosticável por um médico no início da gravidez pode estar envolvido. **A maternidade, ou uma nova criança pode forçar a mulher um doloroso sofrimento em sua vida e seu futuro. Danos psicológicos podem ser iminentes. Sua saúde física e mental pode ser afetada pela criação de uma criança**¹⁹². (*grifos nossos*)

A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que **não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada**; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; **a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez**; e a igualdade da mulher, já que **homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria**¹⁹³. (*grifos nossos*)

Comparando esses dois trechos, fica nítido que no voto do Ministro Barroso o enfoque está na questão de gênero, enquanto no de Blackmun a prioridade reside na abstenção do Estado sobre a escolha da continuidade da gravidez que caberá à mulher decidir.

Por outro lado, enquanto o *Justice* Blackmun fundamentou seu voto na violação do direito à privacidade e no direito ao devido processo legal, Barroso traz como fundamentos a violação de direitos fundamentais das mulheres e o princípio da proporcionalidade.

Barroso apresenta em seu voto também medidas estruturantes que deveriam ser adotadas pelo Estado. Portanto, é necessário:

estabelecer uma premissa importante para o raciocínio a ser desenvolvido: o aborto é uma prática que se deve procurar evitar, pelas complexidades físicas, psíquicas e morais que envolve. Por isso mesmo, é papel do Estado e da sociedade atuar nesse sentido, mediante oferta de educação sexual, distribuição de meios contraceptivos e amparo à mulher que deseje ter o filho e se encontre em circunstâncias adversas. Portanto, ao se afirmar aqui a incompatibilidade da criminalização com a Constituição, não se está a fazer a defesa da disseminação do procedimento. Pelo contrário, o que se pretende é que ele seja raro e seguro.

E continua:

Além disso, o Estado deve atuar sobre os fatores econômicos e sociais que dão causa à gravidez indesejada ou que pressionam as mulheres a abortar. As duas razões mais comumente invocadas para o aborto são a

¹⁹² **ROE v. WADE**, 410 U.S. 113 (1973). Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/410/113.html>>. Acesso: 13 jun. 2017.

¹⁹³ **HABEAS CORPUS 124.306 RIO DE JANEIRO**. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em 13 jun. 2017.

impossibilidade de custear a criação dos filhos e a drástica mudança na vida da mãe (que a faria, e.g., perder oportunidades de carreira). Nessas situações, é importante a existência de uma rede de apoio à grávida e à sua família, como o acesso à creche e o direito à assistência social. Ademais, parcela das gestações não programadas está relacionada à falta de informação e de acesso a métodos contraceptivos. Isso pode ser revertido, por exemplo, com programas de planejamento familiar, com a distribuição gratuita de anticoncepcionais e assistência especializada à gestante e educação sexual. Logo, a tutela penal também dificilmente seria aprovada no teste da necessidade.

Nesse contexto, fica evidente que o Ministro Luís Roberto Barroso exorta os demais Poderes para que uma agenda de políticas públicas seja adotada. Fato é que a criminalização do aborto não faz com que os casos diminuam, apenas acarreta num aumento de abortos feito de modo inseguro, atingindo principalmente as mulheres pobres. Portanto, enquanto nada nesse sentido for feito, as mulheres¹⁹⁴ estarão relegadas à própria sorte e continuarão a morrer em clínicas clandestinas.

Em que pese o caso ter sido analisado em sede de controle difuso de constitucionalidade – não há, portanto, efeito *erga omnes* – é possível depreender que ela abriu espaço para a discussão sobre o tema.

No mês de março de 2017, o Instituto Anis e o Partido PSOL¹⁹⁵ protocolaram uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) na qual há o pedido para descriminalizar o aborto até a 12ª semana de gestação. A relatoria ficou com a Ministra Rosa Weber e ela concedeu o prazo de cinco dias que o presidente da República, Michel Temer, se manifeste nesta ação.

Além dessa Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, há uma Ação Direta de inconstitucionalidade (ADIn) interposta pela Associação Nacional de Defensores Públicos na qual há o pedido da descriminalização do o aborto nos casos de microcefalia do feto, provocada pela infecção pelo vírus Zika. A relatoria dessa ADIn está com a Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministra Cármen Lúcia.

Assim, fica demonstrada a importância da adoção de medidas estruturantes pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que ao se utilizar desse

¹⁹⁴ Na Pesquisa Nacional do Aborto de 2016, concluiu-se que 1 a cada 5 mulheres brasileiras fez aborto e, no ano de 2015, foram meio milhão de abortos. In: DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. **Pesquisa Nacional de Aborto 2016**. Ciência e saúde coletiva, Rio de Janeiro, p. 653-660. Fev., 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232017000200653&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 18 jun. 2017.

¹⁹⁵ Notícia disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2017-03/stf-rosa-weber-da-cinco-dias-para-temer-se-manifestar-sobre-aborto>. Acesso em 13 jun. 2017.

instituto, as decisões poderão promover a substancial alteração do panorama existente, garantindo no futuro a reestruturação das instituições envolvidas, alcançando assim a efetividade esperada.

Portanto, conforme Barroso¹⁹⁶, enquanto o Estado não trabalhar em conjunto com as mulheres, agindo apenas para incriminá-las, a possibilidade de se proteger os nascituros será mínima e este problema público continuará.

¹⁹⁶ “É preciso reconhecer, como fez o Tribunal Federal Alemão, que, considerando “o sigilo relativo ao nascituro, sua impotência e sua dependência e ligação única com a mãe, as chances do Estado de protegê-lo serão maiores se trabalhar em conjunto com a mãe” 24, e não tratando a mulher que deseja abortar como uma criminoso”. In: **HABEAS CORPUS 124.306 RIO DE JANEIRO**. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em 13 jun. 2017.

CONCLUSÃO

O presente estudo partiu da análise histórica do Direito Constitucional norte-americano, demonstrando o relevante papel desempenhado tanto pela Constituição quanto pela Suprema Corte que servem de modelo para diversos países. Dentre os casos analisados, destaca-se *Marbury v. Madison* – marco inaugural do controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno. Em relação aos casos *Dred Scott v. Sandford* e *Plessy v. Ferguson*, levando em consideração o contexto econômico e cultural em que foram analisados, a possibilidade de decisões distintas das que foram tomadas seria pequena. Porém, vale ressaltar a importância dos votos dissidentes como o do *Justice* Curtis (em *Dred Scott*) e *Justice* Harlan (em *Plessy*), como verdadeiras fontes argumentativas que anteciparam a tendência de mudanças em relação aos direitos dos negros. O julgamento de *Brown v. Board of Education of Topeka* foi um verdadeiro marco no avanço dos direitos civis norte-americanos – culminou por concluir pela inconstitucionalidade da segregação racial existente em estabelecimentos públicos ou abertos ao público.

Foi possível compreender que o Direito brasileiro tende a se aproximar do modelo teórico do *stare decisis* (através da utilização de súmulas, súmulas vinculantes, prática de exigência de repercussão geral para admissão de recursos e a eficácia da transcendência dos motivos determinantes das decisões), uma vez que cada vez mais as decisões judiciais são tidas como fonte do Direito.

A utilização de medidas estruturantes pelo Supremo Tribunal Federal é uma ferramenta que possibilita a implementação dos direitos fundamentais, de modo a romper o paradigma cultural da sociedade brasileira.

No julgamento de *Roe v. Wade*, a Suprema Corte norte-americana conseguiu reconstruir os valores e as tradições sociais vinculados à moralidade majoritária. Nesse sentido, através de uma leitura substantiva do texto constitucional, aliado às medidas estruturantes, o direito à privacidade das gestantes foi garantido.

No caso brasileiro, ainda que não tenha havido a descriminalização do aborto, o voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso, além de demonstrar a urgência para a adoção de medidas públicas, reabriu a discussão sobre o tema. Inevitavelmente, nos próximos anos o Supremo Tribunal Federal deverá enfrentar

essa temática. É plausível acreditar que para as decisões emanadas tenham efetividade, medidas estruturantes deverão ser utilizadas já que a temática envolve valores amplos da sociedade.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Maria Betânia. **Direitos Sexuais e Reprodutivos:** desafios para as políticas de saúde. Caderno de Saúde Pública. Rio de Janeiro: Caderno de Saúde Pública, 2003.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro.** São Paulo: Revista de Processo – Revista dos Tribunais, v.38, n. 225, p. 389-410, nov. 2013.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, Integridade, Segurança Jurídica:** reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de *Common Law* e *Civil Law* na sociedade contemporânea. Tese de Doutorado em Direito apresentada ao Programa de Pós-graduação em direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. 2013.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; MELLO, Luciana Ferreira. **Paralelo entre os precedentes dos Estados Unidos** - análise da decisão *Roe vs Wade*, e o instituto da eficácia transcendente dos motivos determinantes no Brasil. Revista do Direito da UNISC, v. 2, n. 46, p. 86-103, maio/ago. 2015.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. **O judicial review e o ativismo judicial da Suprema Corte Americana.** Revista Espaço Jurídico, v. 17, p. 733-751, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **A americanização do direito constitucional e seus paradoxos:** teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. Porto Alegre: Interesse Público, v.12, n.59, p. 13-55, jan./fev. 2010.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro:** exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro:** contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. **A razão sem voto:** a função representativa e majoritária das cortes constitucionais. REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS, v. 2, p. 517-546, 2017.

BELLO FILHO, Ney de Barros; FONTOURA, Luiz Fernando Pedrosa. **A Suprema Corte dos Estados Unidos:** da segregação à desegregação racial. In: Ney de Barros Bello Filho. (Org.). Jurisdição e interpretação. Brasília: IDP, v. 1, p. 31-53, 2015.

BUNCHAFT, Maria Eugênia; RADKE, Rafael Wagner. **Roe v. Wade:** os pontos de vista do Constitucionalismo Democrático e do Minimalismo Judicial. In: XXIII

Congresso Nacional CONPEDI-UFPB, 1ª ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, v. 1, p. 165-183, 2014.

BUNCHART, Maria Eugênia. **O “direito dos banheiros” no STF:** considerações sobre o voto do ministro Luís Roberto Barroso no RE n. 845779 com fundamento em Post, Siegel e Fraser. *Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, v. 8, p. 143-174, 2016.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 jun. 2017.

_____. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 17 jun. 2017.

_____. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em 17 jun. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **HABEAS CORPUS Nº 290.341 – RJ.** Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa>>. Acesso em 10 jun. 2017

_____. Supremo Tribunal Federal. **HABEAS CORPUS 124.306 RIO DE JANEIRO.** Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em 10 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.510 DISTRITO FEDERAL.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em 10 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54 DISTRITO FEDERAL.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em 10 jun. 2017.

CAMARÃO, Felipe Costa; BELLO FILHO, Ney de Barros. **A superação de paradigmas:** a Suprema Corte americana após a década de 30 do século XX. In: XXIII Congresso Nacional CONPEDI-UFPB, 1ª ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, v. 1, p. 69-91, 2014.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **A evolução do ativismo judicial na Suprema Corte Norte-Americana.** Rio de Janeiro: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, n.60, p. 59-117, abr./jun. 2016.

CASTRO, João Bosco Marcial. **O controle de constitucionalidade das leis e a intervenção do Senado Federal.** Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008.

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. **Pesquisa Nacional de Aborto 2016**. Ciência e saúde coletiva, Rio de Janeiro, p. 653-660. Fev., 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232017000200653&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 18 jun. 2017.

DWORKIN, Ronald. **O direito de Liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte. **DRED SCOTT v. SANDFORD, 60 U.S. 393 (1856)**. Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=60&invol=393>. Acesso em 07 mai. 2017.

_____. **GRISWOLD V. CONNECTICUT**, 381 U.S. 479 (1965). Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/381/479.html>>. Acesso em: 13 jun. 2017.

_____. **ROE v. WADE**, 410 U.S. 113 (1973). Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/410/113.html>>. Acesso: 13 jun. 2017.

FISS, Owen. **Um novo Processo Civil**: estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e sociedade. Tradução de: Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós, Coordenação de tradução de: Carlos Alberto Salles. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **A ironia da liberdade de expressão**. Trad. Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FREITAS, Juarez; WEDY, Gabriel. **O legado dos votos vencidos nas decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos da América**. Porto Alegre: Interesse Público, v. 16, nº 87, p. 15-46, set./out. 2014.

GONÇALVES, Gabriel Accioly. **O Desenvolvimento Judicial do Direito Constitucional nos Sistemas de Civil Law e do Common Law**. Parahyba Judiciária, v. IX, p. 139-165, 2015.

GREENHOUSE, Linda; SIEGEL, Reva. **Before (and after) Roe v. Wade: new questions about backlash**. Yale: Yale Law Journal, v. 120, n. 8, 2011. Disponível em: <<http://www.yalelawjournal.org/feature/before-and-after-roe-v-wade-new-questions-about-backlash>>. Acesso em 10 jun. 2017.

JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes**: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

_____. **Brown v. Board of Education**: a origem das medidas estruturantes. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC, v.7, n.26, p. 441-465, mai./ago. 2013.

_____. **O que *Marbury v. Madison* tem a ver com controle de constitucionalidade de leis na República Federativa do Brasil.** Porto Alegre: Revista Jurídica, v.62, n.441, p. 37-53, jul. 2014.

_____. **A *structural reform* no direito brasileiro e a atuação democrática do Supremo Tribunal Federal na sua implementação.** São Paulo: Revista de Processo Comparado – RPC, v.1, n.2, p. 159-179, jul./dez. 2015.

LEGALE, Siddharta. **Superprecedente.** Rev. direito GV, São Paulo, v. 12, n. 3, p. 810-845, dez. 2016. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322016000300810&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 21 mai. 2017.

LIMA, Flavia Danielle Santiago. **Ativismo e Autocontenção no Supremo Tribunal Federal:** uma proposta de delimitação do debate. Tese de Doutorado da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Recife, 2013

LOPES, Sara Morgana Silva Carvalho. **As distinções marcantes entre os modelos de controle de constitucionalidade difuso dos estados unidos e concentrado da Europa.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 93, out 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10558>. Acesso em 3 mai. 2017.

LORENZETTI, Ricardo Luís. **Teoria geral do direito ambiental.** Tradução de: Fábio Costa Morosini e Fernanda Nunes Barbosa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios.** 2ª ed. São Paulo: RT, 2011.

MARTINELLI, João Paulo. **Considerações sobre a decisão do STF sobre o aborto.** Portal da Escola Superior de Direito Público, 2016. Disponível em: <<http://esdp.net.br/consideracoes-sobre-a-decisao-do-stf-sobre-o-aborto/>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação.** 2008. Tese Doutorado em Ciência Política – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2015.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **The civil law tradition:** an introduction to the legal systems of Europe and Latin America. Stanford University Press, 2007.

MORAIS, Graziela Ramalho Galdino de. **Roe versus Wade:** uma perspectiva bioética da decisão judicial destinada a resolver um conflito entre estranhos morais. Trabalho de Conclusão de Curso do Centro Universitário de Brasília, 2007. Disponível em:

<<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/view/733>>. Acesso em 11 jun. 2017.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A Suprema Corte norte-americana: um modelo para o mundo?** Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, p. 201-211, jul./set. 2003.

MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

PANUTTO, Peter. **Precedentes Judiciais vinculantes: o sistema jurídico-processual brasileiro antes e depois do Código de Processo Civil de 2015.** Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; OLIVEIRA JÚNIOR, Jorge Ferraz de. **Características do ativismo judicial nos Estados Unidos e no Brasil: um breve histórico do ativismo judicial na Suprema Corte norte-americana e um paralelo com o recente ativismo judicial da Suprema Corte brasileira.** Brasília: Revista de Informação Legislativa, v.51, n. 204, p. 25-42, out./dez. 2014.

ROCHA, Carlos Odon Lopes da. **Contra a descriminalização do aborto: uma reflexão crítica do art. 128, IV, do anteprojeto da reforma do Código Penal à luz da ética da alteridade.** Lisboa: Revista do Instituto do Direito Brasileiro, nº 8, p. 6055-6070, 2014.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos.** Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2015.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira. **Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da 'última palavra' e alguns parâmetros de autocontenção judicial.** Quaestio Iuris, v. 06, p. 119-161, 2013.

STAMATO, Bianca. **Constitucionalismo popular – o povo contra a Suprema Corte? Uma abordagem crítica sobre o libelo acusatório ao *judicial review* norte-americano.** In: Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea (coordenador: Daniel Sarmento). Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 55-77, 2009.

SÈROUSSI, Roland. **Introdução ao direito inglês e norte-americano.** São Paulo: Landy, 2001.

UROFSKY, Melvin. ***Supreme decisions: great constitutional cases and their impact.*** Philadelphia: Westview Press, 2012.

VIEIRA, Andréia Costa. **Civil law e common law: os dois grandes sistemas legais comparados.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.

VIEIRA, Vanessa Sousa; ALMEIDA, Fabiane Cristina de. **A comparticipação como pressuposto de efetividade das medidas estruturantes deferidas liminarmente.** In: XXV Encontro Nacional do Conpedi, 2016, Brasília. Anais do XXV Encontro Nacional do Conpedi, 2016.